

Die Zulässigkeit von Gestaltungseinreden
bei der Vollstreckungsgegenklage
unter besonderer Berücksichtigung
der zeitlichen Grenzen der Rechtskraft
des Zivilurteils

von
Klaus Dreykluft
—
aus Landshut

Dissertationsdruck- und Verlagsanstalt

Werner Blasaditsch · 89 Augsburg · Theodor-Heuß-Platz 3 · Tel. (08 21) 255 63

Für meine Mutter
Für Frau Marie Schregle
Für Hildegard

Die Zulässigkeit von Gestaltungseinreden
bei der Vollstreckungsgegenklage
unter besonderer Berücksichtigung
der zeitlichen Grenzen der Rechtskraft
des Zivilurteils

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg



vorgelegt von
Klaus Dreykluft
aus Landshut



Referent: Professor Dr. Karl Heinz Schwab
Tag der mündlichen Prüfung: 3. Febr. 1970

GLIEDERUNGSÜBERSICHT

	Seite
Gliederungsübersicht	I
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XIV
1. Abschnitt: Einleitende Erörterungen	1
§ 1 Einleitung: Die Fragestellung für die vorliegende Untersuchung	1
I) Die Aufgabe der Untersuchung	1
II) Die einzelnen Gestaltungsrechte	3
§ 2 Überblick über die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen	4
I) Die Rechtsprechung	4
II) Die Literatur	5
1) Bis zum Jahre 1942	5
2) Seit 1942	7
III) Österreichisches, Schweizer Recht	9
IV) Zusammenfassung	11
2. Abschnitt: Die Folgen einer Ausschlußwirkung des rechtskräftigen Urteils für das Gestaltungsvorbringen	12
§ 3 Der Ausschluß der Gestaltungseinreden bei der Vollstreckungsgegenklage im Verhältnis zu der allgemeinen Ausschlußwirkung des Vollstreckungstitels	12
I) Die Wirkung der Rechtskraft der vorausgehenden Entscheidung auf den Einrede-Ausschluß bei der Vollstreckungsgegenklage	12
1) Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im allgemeinen	13
2) Das Verhältnis der Vollstreckungsgegenklage zum vorausgehenden Prozeß	15
II) Die Bedeutung des § 767 II ZPO für die Rechtskraft	16
III) Das Verhältnis der Vollstreckungsgegenklage zu einem noch nicht rechtskräftigen Vollstreckungstitel	17
IV) Ergebnis	18
§ 4 Die Rechtskraft und der allgemeine Ausschluß des Gestaltungsvorbringens:	19
Die Fragestellung. Darstellung der hierzu vertretenen Meinungen	19
I) Die Fragestellung	19
II) Darstellung der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen	20
§ 5 Die Ausschlußwirkung der rechtskräftigen Sachentscheidung im einzelnen	22
I) Der Ausschluß der Behauptung von Tatsachen, die im vorausgehenden Prozeß schon zulässigerweise vorgetragen worden sind, und von Tatsachen, die erst nachfolgend entstanden sind	25
II) Der Ausschluß von Tatsachen, die schon während des ersten Prozesses entstanden waren, aber nicht vorgetragen worden sind	26
1) Zur Abgrenzung von mit dem Prozeßstoff zusammenhängenden und nicht zusammenhängenden Tatsachen	26

	Seite
2) Die dogmatische Begründung eines Ausschlusses dieser Tatsachen	28
III) Der Eintritt des Ausschlusses	31
IV) Die Relativität des Ausschlusses	31
V) Maßgeblicher Zeitpunkt für den Ausschluß im zweiten Prozeß	33
§ 6 Die Einordnung des Gestaltungsvorbringens	33
I) Die Gestaltung in der Zuordnung zu den neuen Tatsachen	37
II) Die Gestaltung in der Zuordnung zu den alten Tatsachen	39
III) Ergebnis	43
§ 7 Versuch der Lösung des Problems durch Anwendung des Rechtsgedankens der Verwirkung oder anhand von Kriterien aus dem materiellen Recht	44
I) Der Rechtsgedanke der Verwirkung	44
II) Kriterien aus dem materiellen Recht	46
§ 8 Die allgemeine Tendenz des Prozeßrechts zur Bejahung eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens	49
A) Das Ausschlußsystem der ZPO, der Grundsatz der Prozeßökonomie, die Konzentrationsmaxime	49
I) Der Ausschluß von Parteihandlungen im Verhältnis mehrerer Prozesse	49
2) Die §§ 323 II, 767 II ZPO	50
3) Vergleich zum Ausschluß eines nach §§ 279, 279a, 523, 529 II, III, V ZPO zurückgewiesenen Vorbringens	51
a) Die Folgen einer Zurückweisung	51
b) Vergleich der Folgen mit dem Ausschluß durch die Rechtskraft	53
II) Der Ausschluß von Parteihandlungen innerhalb eines Prozesses	54
1) Der Ausschluß innerhalb einer Instanz	54
2) Der Ausschluß im Verhältnis mehrerer Instanzen innerhalb desselben Prozesses	55
III) Ergebnis	55
B) Das Erfordernis der Rechtssicherheit	56
C) Der Ausschluß als Strafe für nachlässige Prozeßführung	56
D) Zusammenfassung, Ergebnis	57
§ 9 Die subjektive oder objektive Auslegung des Begriffs des Gestalten-!Könnens!	57
I) Der Begriff des subjektiven !Könnens!	58
1) Inhaltliche Abgrenzung	58
2) Abgrenzung nach den Voraussetzungen des !Könnens!	59
3) Ergebnis	60
II) Die Entscheidung zwischen subjektiver und objektiver Theorie	60
1) Das Erfordernis der Klarheit der Rechtskraftgrenzen	61
2) Die Unzulässigkeit der Überdehnung der Rechtskraftgrenzen	64
3) Vergleich mit anderen Ausschlußnormen	65
a) §§ 279 I, 529 II, III, V ZPO	65
b) §§ 616, 767 III ZPO, 54PatG	66
4) Die Folgen einer Ablehnung der subjektiven Theorie für die Parteien	66
5) Zusammenfassung, Ergebnis	67

	Seite
§ 10 Die allgemeine Tendenz des materiellen Rechts zur Ablehnung eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens	68
6 I) Die materielle Unwirksamkeit der prozessual nicht mehr geltend zu machenden Gestaltung	68
1) Die Lösungsmöglichkeit nach § 812 I 1 BGB	70
2) Die Lösungsmöglichkeiten nach § 812 I 2 BGB und der materiellen Unwirksamkeit der Gestaltung	70
3) Ergebnis	73
II) Die Tendenz des materiellen Rechts zur Ablehnung des prozessualen Ausschlusses	73
§ 11 Allgemeine Abwägungskriterien zur Lösung des Problems. Die Notwendigkeit zur Differenzierung zwischen den einzelnen Gestaltungsrechten	74
A) Die allgemeine Abwägung zwischen materiellem und formellem Recht	74
B) Die Entscheidung als Lösung des Konflikts zwischen den beteiligten Interessen	75
I) Die Feststellung der beteiligten Interessen	75
II) Die Abwägung der beteiligten Interessen	76
1) Das sogenannte öffentliche Interesse	76
2) Die grundsätzliche Schutzwürdigkeit der beteiligten Interessen	77
3) Kriterien für die Wertung der beteiligten Interessen	78
a) Die Veranlassung	78
b) Die Interessenintensität	79
III) Die Notwendigkeit zur Differenzierung. Die einzelnen Gestaltungsrechte als Grundlage der Interessenabwägung	81
3. Abschnitt: Der Ausschluß des Gestaltungsvorbringens durch die Rechtskraft bei den einzelnen Gestaltungsrechten	83
§ 12 Die Einreden des Bürgerlichen Rechts	83
§ 13 Die Aufhebungsrechte	88
I) Die Aufrechnung	88
1) Der Ausschluß	88
2) Verhältnis des Ausschlusses zur Erfüllung	91
3) Ergebnis	92
II) Die Anfechtung	93
1) §§ 119, 120 BGB	93
2) § 123 BGB	95
3) §§ 2078, 2079, 2281 BGB	96
4) Zusammenfassung	98
III) Der Rücktritt vom Verträge	98
1) Das gesetzlich begründete Rücktrittsrecht	99
2) Das vertraglich begründete Rücktrittsrecht	102
a) das befristete,	102
b) das unbefristete Rücktrittsrecht	103
3) Zusammenfassung	104
IV) Der Widerruf	104
1) Der Widerruf einer Schenkung	106
2) Der Widerruf eines Darlehensvorvertrags	107
3) Zusammenfassung	108
V) Die Kündigung	108
1) Die ordentliche Kündigung	109
2) Die außerordentliche Kündigung	111
3) Zusammenfassung	112

	Seite
VI) Das Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach der Differenztheorie	113
VII) Wandlung und Minderung	115
§ 14 Sonstiges Gestaltungsvorbringen. Zusammenfassung und Ergebnis	118
I) Sonstiges Gestaltungsvorbringen	118
II) Zusammenfassung, Ausblick	119
§ 15 Untersuchung von Randproblemen im Rahmen der vorliegenden Untersuchung	120
I) Die fremde Gestaltung	120
II) Der Ausschluß gegenüber anderen Titeln als dem Urteil im Sinne des § 300 ZPO	121
1) Der Prozeßvergleich	122
2) Der Kostenfestsetzungsbeschluß	122
3) Die vollstreckbare Urkunde, der Vollstreckungsbefehl	124
4) Der Ausschluß des Gestaltungsvorbringens bei der Schiedsgerichtsbarkeit	124
4. Abschnitt: Der Umfang eines Ausschlusses bei der Vollstreckungsgegenklage	127
§ 16 Die Auslegung des § 767 II ZPO. Der Ausschluß der Gestaltungseinreden bei der Vollstreckungsgegenklage	128
A) Der Wortlaut des § 767 II ZPO	128
B) Die Absicht des Gesetzgebers und die weitere Entstehungsgeschichte des § 767 II ZPO	129
I) Amtliche Quellen zu ZPO und BGB	129
II) Historische Überlegungen	130
1) § 767 II und das formelle Recht	130
2) § 767 II und das materielle Recht	132
a) Die Auffassung Henckels und des RG	132
b) Prüfung dieser Auffassung	133
3) Die Subsidiarität des subjektiven Willens des Gesetzgebers gegenüber dem objektiven Gesetzeszweck	135
III) Ergebnis	135
C) Der Zweck des § 767 II ZPO	135
I) Verhältnis der Ausschlußgrenzen von § 767 II zum Umfang der Rechtskraft	136
II) Der Zweck des § 767 II ZPO	136
1) Die Entscheidung zwischen subjektiver und objektiver Theorie	137
2) Der Ausschluß der Gestaltungseinreden	138
5. Abschnitt	140
§ 17 Zusammenfassung, Ergebnis der Untersuchung	140

LITERATURVERZEICHNIS

Aufsätze wurden nur aufgenommen, soweit sie entweder für das Hauptthema der Untersuchung von Bedeutung sind oder soweit sie mehrfach zitiert werden. Soweit nichts anderes angegeben ist, werden die Werke in den Fußnoten der Untersuchung nur mit dem Familiennamen des Verfassers zitiert. Aufsätze sind in der Untersuchung nach der Fundstelle zitiert.

- | | |
|-------------------------|---|
| Abraham, Hans | Geltendmachung der Aufrechnung und anderer Eingriffsrechte in der Vollstreckungsinstanz, Berlin 1903 |
| Baumbach-Lauterbach | Kommentar zur ZPO, 30. Aufl. München-Berlin 1970 |
| Baumbach-Schwab | Kommentar zur Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. München-Berlin 1960 |
| Baumgärtel, Gottfried | Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin-Frankfurt 1957 (zit.: 'Prozeßhandlung') |
| derselbe | Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und des FGG, ZZZ 67, 423 |
| derselbe | Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis, ZZZ 75, 385 |
| Bernhardt, Wolfgang | Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. Berlin 1968 |
| Bettermann, Karl August | Kommentar zum Mieterschutzgesetz, 1.-12. Lieferung Tübingen 1955 |
| Binder, Julius | Prozeß und Recht, Leipzig 1927 |
| Blank, Siegfried | Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage, Diss. Erlangen 1911 |
| Blomeyer, Arwed | Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963 |
| Bötticher, Eduard | Streitgegenstand und Rechtskraft im Kündigungsschutzprozeß, Festschrift für Wilhelm Herschel, Stuttgart 1955, S. 181 (zit.: 'Kündigungsschutzprozeß') |
| derselbe | Die Wandlung als Gestaltungsakt, Heidelberg 1938 (zi.: 'Wandlung') |
| derselbe | Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930 (zit.: 'Rechtskraft') |
| derselbe | Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964 (zit.: 'Gestaltungsrecht') |
| derselbe | Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß, Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, München-Berlin 1949, S. 73 (zit.: 'Eheprozeß') |
| derselbe | Besprechung von: Arwed Blomeyer, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Erkenntnisverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963, in ZZZ 67, 483. |

derselbe (Böttcher)	Streitgegenstand und Rechtskraft unter besonderer Berücksichtigung der Wiederholung der Ehescheidungsklage, FamRZ 1957, 409
Bruns, Rudolf	Zwangsvollstreckungsrecht, Hannover-Darmstadt 1963
Crome, Carl	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II, Tübingen-Leipzig 1902
Dölle, Hans	Juristische Entdeckungen, Verhandlungen zum 42. Deutschen Juristentag, Band II, Tübingen 1958, Teil B
Eccius	Nachträgliche Bemerkungen über eventuelle Aufrechnung, GruchBeitr 42, 233
Eck, Ernst	Vorträge über das Recht des BGB (herausgegeben von R. Leonhard), Band I, 1./2. Aufl. Berlin 1903
Elze, Hans	Lücken im Gesetz, Begriff und Ausfüllung, München 1916
Endemann, Friedrich	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, Berlin 1903
Engisch, Karl	Einführung in das Juristische Denken, 3. Aufl. Stuttgart 1964
Enneccerus-Ludwig	Bürgerliches Recht, 1. und 2. Halbband (Allgemeiner Teil), 15. Aufl. Tübingen 1959/60; 2. Band (Schuldrecht) 16. Aufl. Tübingen 1968 (zit. 'Enneccerus' und mit dem jeweiligen Bearbeiter)
Ermann, Walter	Kommentar zum BGB, 4. Aufl. Münster 1967
Esser, Josef	Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, Wien 1949 (zit.: 'Einführung')
derselbe	Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil 3. Aufl. Karlsruhe 1968, Besonderer Teil 3. Aufl. Karlsruhe 1969 (zit.: 'Schuldrecht AT bzw. BT')
derselbe	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. Tübingen 1964 (zit.: 'Grundsatz')
Falkmann-Mugdan	Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. Berlin 1914
Fasching, Hans. W.	Kommentar zu den (österreichischen) Zivilprozeßgesetzen, Wien 1959-1966
Fischer, Walther	Verfahren auf Vollstreckbarkeit, ZZP 43, 96
Förster-Kann	Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. Berlin 1926 Band II
Gaul, Hans Friedhelm	Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichungsansprüche, JuS 1962, 1ff
Gaupp-Stein	Kommentar zur ZPO, Band II, 10. Aufl. Tübingen 1913 (beachte Stein-Jonas-Pohle)
Gernhuber, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts, München-Berlin 1964
Goldschmidt, James	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. Berlin 1932 (zit.: 'Lehrbuch')

Goldschmidt, James	Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, München 1910 (zit.: 'Vollstreckungsbetrieb')
derselbe	Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925 (zit.: 'Rechtslage')
Goldberg, Alfred	Aufrechnung und Anfechtung als Einwendung der Vollstreckungsgegenklage unter ganz besonderer Berücksichtigung des Falles der Streitveräußerung, Diss. Marburg 1933
Guldener, Max	Lehrbuch des Schweizerischen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. Zürich 1950
Grunsky, Wolfgang	Die unzulässige Prozeßaufrechnung, JZ 1965, 391
Habscheid, Walther	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956 (zit.: 'Streitgegenstand')
derselbe	Die Wiederholung der abgewiesenen Heimtrennungsklage (§ 48 EheG), Mannheim 1953 (zit.: 'Heimtrennungsklage')
derselbe	Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils, AcP 152, 169
Heck, Philipp	Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1932
Heilgendorff, Walther	Die Vollstreckungsgegenklage, Diss. Leipzig 1906
Heinemann, Hans	Das Anwendungsgebiet der Vollstreckungsgegenklage, Diss. Gießen 1932
Heller, Ludwig	Kommentar zur Österreichischen Exekutionsordnung, 10. Aufl. Wien 1961
Heller-Trenkwalder	Die Österreichische Exekutionsordnung in ihrer praktischen Anwendung, 3. Aufl. Wien 1934
Hellwig, Konrad	Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, Band I, Leipzig 1903, Band III/1, Leipzig 1909 (zit.: 'Lehrbuch')
derselbe	Anspruch und Klagerecht, Leipzig 1900 (zit.: 'Klagerecht')
derselbe	Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901 (zit.: 'Rechtskraft')
derselbe	System des deutschen Zivilprozeßrechts, Band I, Leipzig 1912 (zit.: 'System I')
Hellwig-Oertmann	System des deutschen Zivilprozeßrechts, Band II, Leipzig 1919 (zit.: 'System II')
Henckel, Wolfram	Parteilahre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961 (zit.: 'Streitgegenstand')
derselbe	Materiellrechtliche Folgen der unzulässigen Prozeßaufrechnung, ZZP 74, 165
Hölder, E.	Anspruch und Klagerecht, ZZP 29, 50
Hommel, M.	Materiellrechtliche Einwendungen gegen die Zangsvollstreckung von Urteilen, Diss. Würzburg 1892
Hubmann, Heinrich	Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Auflage München-Berlin 1969 (zit.: 'Rechtsschutz')

- | | |
|------------------------|---|
| Hubmann, Heinrich | Naturrecht und Rechtsgefühl, AcP 153, 298 |
| derselbe | Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155, 85 |
| Jaeger-Lent | Kommentar zur Konkursordnung, 8. Aufl. Berlin 1958 (Band I) |
| Kauppert, Erwin | Die Rechtsnatur der Aufrechnung im Prozeß, Diss. Erlangen 1964 |
| Kegel, Gerhard | Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität rechtsvergleichend dargestellt, Berlin-Leipzig 1938 |
| Klang-Gschnitzer | Kommentar zum österreichischen ABGB, Band VI, 2. Aufl. Wien 1951 |
| Koch, C. F. | Der preußische Zivilprozeß, Berlin 1848 |
| Kohler, Joseph | Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888 (zit.: 'Rechtsverhältnis') |
| Kraft, Alfons | Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München-Berlin 1963 |
| Kylian, Johann | Die sogenannte Vollstreckungsgegenklage, Diss. Leipzig 1904 |
| Lang, Georg | Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht. Seine Erweiterungen und seine Beschränkungen im Konkurs des Schuldners. München 1906 |
| Lange, Heinrich | Lehrbuch des Allgemeinen Teils des BGB, 10. Aufl. München-Berlin 1968 |
| Langheineken, Paul | Anspruch und Einrede nach dem BGB, Leipzig 1903 |
| Larenz, Karl | Lehrbuch des Allgemeinen Teils des BGB, München 1967 (zit.: 'Allgemeiner Teil') |
| derselbe | Lehrbuch des Schuldrechts, Band I und II, 9. Aufl. München-Berlin 1969 (zit.: 'Schuldrecht I bzw. II') |
| derselbe | Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960 (zit.: 'Methodenlehre') |
| Lehmann-Hübner | Lehrbuch des Allgemeinen Teils des BGB, 16. Aufl. Berlin 1966 |
| Lent, Friedrich | Ausübung von Gestaltungsrechten nach einem Prozeß, DR 1942, 868 |
| derselbe | Zur Neuregelung der prozeßhindernden Einreden, ZDR 1942, 244 |
| derselbe | Die Notwendigkeit einer Begründung bei Ausübung von Gestaltungsrechten, AcP 152, 401 |
| derselbe | Zur Lehre vom Streitgegenstand, ZZP 65, 315 |
| Lent-Jauernig Lehrbuch | Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 14. Aufl. München 1969 (zit.: 'Zivilprozeßrecht') |
| dieselben | Lehrbuch des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts, 11. Aufl. München 1969 (zit.: 'Zwangsvollstreckung') |
| Leonhard, Franz | Allgemeines Schuldrecht des BGB, Band I, Berlin 1929 (zit.: 'Schuldrecht') |

- Leonhard, Franz Die Aufrechnung, Göttingen 1896
(zit.: 'Aufrechnung!')
- Leske-Loewenfeld Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr,
Band, I, 2. Aufl. Berlin 1933
- Lippmann Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurf
des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Jherings Jahrbü-
cher Band 23 S. 167 (zit.: 'Kompensation!')
- derselbe Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungs-
erklärung, Jherings Jahrbücher Band 43 S. 435
(zit.: 'Aufrechnungserklärung!')
- Linnartz, Friedrich Wesen und Anwendung der Vollstreckungsgegen-
klage, Diss. Köln 1938
- Lukes, Rudolf Die Vollstreckungsabwehrklage bei sittenwidrig
erschlichenen und ausgenutzten Urteilen, ZZP
72, 99
- Martin, Anton Die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft des Zivil-
urteils, insbesondere der Gebrauch von Gestal-
tungsmöglichkeiten nach einem Prozeß, Diss.
München 1965
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl.
Karlsruhe 1965
- Maus, Wilhelm Handbuch des Arbeitsrechts, Band VIII: Betriebs-
verfassungsrecht, Baden-Baden ab 1948
- Meyer, Kurt-Heinrich Die auf der Aufrechnungseinwendung, insbesonde-
re gegen Kostenerstattungsansprüche beruhende
Vollstreckungsgegenklage, Diss. Erlangen 1932
- Mohrbutter, Jürgen Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insol-
ventenrechts, Köln-Berlin-Bonn-München 1965
- Molitor, Erich Die Kündigung, 2. Aufl. Mannheim 1951
- Neuner, Robert Privatrecht und Prozeßrecht, Mannheim 1925
- Nikisch, Arthur Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. Tübin-
gen 1952 (zit.: 'Lehrbuch!')
- derselbe Die Aufrechnung im Prozeß, Festschrift für Hein-
rich Lehmann, Berlin 1956, Band II, S. 787 (zit.:
'Prozeßaufrechnung!')
- derselbe Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, Tübingen
1935 (zit.: 'Streitgegenstand!')
- derselbe Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 3. Aufl.
Tübingen 1961 (zit.: 'Arbeitsrecht!')
- Oertmann, Paul Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3./5.
Aufl. Berlin 1927/29 (zit.: 'Kommentar!')
- derselbe Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts, 4./5.
Aufl. Leipzig 1930 (zit.: 'Grundriß!')
- derselbe Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeß, Berlin
1916 (zit.: 'Aufrechnung!')
- Pagenstecher, Max Eventualaufrechnung im Prozeß, Mannheim 1922
(zit.: 'Eventualaufrechnung!')

Palandt, Otto	Kommentar zum BGB, 28. Aufl. München-Berlin 1969 (zit.: 'Palandt' und mit dem jeweiligen Bearbeiter!)
Petersen-Anger	Kommentar zur ZPO, Band II, 5. Aufl. Lahr 1906
Petschek-Stagel	Der österreichische Zivilprozeß, Wien 1963
Planck, Julius Wilhelm	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Band II München 1896 (zit.: 'ZPO')
Planck-Siber	Kommentar zum BGB, Berlin 1938 (zit.: 'BGB')
Pollak, Rudolf	System des österreichischen Zivilprozeßrechts mit Einschluß des Exekutionsrechts, 2. Aufl. Wien 1932
Rehbein, H.	Kommentar zum BGB, Band II, Berlin 1903
Rehbinder, Manfred	Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse, Berlin 1962
Reichel, Hans	Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung, Festschrift für Wach, Leipzig 1913, Band III S. 1
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, 11. Aufl. Berlin 1959/60 (zit.: RGRK-BGZ')	
Rosenberg-Schwab	Lehrbuch des Zivilprozesses, 10. Auflage München 1969 (zit.: 'Rosenberg-Schwab')
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. München-Berlin 1961 (ab § 169 (zit.: 'Lehrbuch'))
derselbe	Die Beweislast, auf der Grundlage des BGB und der ZPO, 5. Aufl. München-Berlin 1965 (zit.: 'Beweislast')
derselbe	Die Präklusionswirkung von Urteilen, SJZ 1950, 313
derselbe	Kritische Erörterungen zur zivilprozessualen Judikatur, ZZP 53, 385
Sauer, Wilhelm	Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl. Stuttgart 1929 (zit.: 'Grundlagen')
derselbe	Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin-Detmold-Köln-München 1951 (zit.: 'Prozeßrechtslehre')
Schiedermair, Gerhard	Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonn 1935
Schlegelberger-Geßler	Kommentar zum HGB, Band II, 4. Aufl. Berlin-Frankfurt 1965
Schlippenbach, Hans-Ulrich von	Die Aufrechnung zur Begründung der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 II ZPO), Diss. Erlangen 1937
Schlosser, Peter	Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966 (zit.: 'Gestaltungsklage')
Schmitt-Lermann	Kommentar zum BayVwZVG, München 1961
Schnorr von Carolsfeld, Ludwig	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Aufl. Göttingen 1954
Schönke-Schröder-Niese	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl. Karlsruhe 1956
Schönke-Baur	Lehrbuch des Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrechts, 8. Aufl. Karlsruhe 1969

Schuler	Anfechtung, Aufrechnung und Vollstreckungsgegenklage, NJW 1956, 1497
Schurter-Fritzsche	Das Zivilprozeßrecht der Schweiz, Band I Zürich 1924
Schwab, Karl Heinz	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München-Berlin 1954 (zit.: 'Streitgegenstand')
derselbe	Bemerkungen zur Prozeßaufrechnung, Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München-Berlin 1965, Band I S. 939 (zit.: 'Prozeßaufrechnung')
derselbe	Der Streitgegenstand im Eheprozeß, Z郑 65, 101
derselbe	Besprechung von: Leo Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Z郑 73, 477
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16. 2. 1961, Z郑 74, 301
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. 2. 1962, Z郑 75, 256
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 2. 5. 1966, Z郑 79, 463
derselbe	Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, Z郑 77, 124
derselbe	Anmerkung zum Beschluß des LG München vom 22. 9. 1954, NJW 1954, 1772
derselbe	Lehrbuch des Zivilprozesses, siehe 'Rosenberg-Schwab'
derselbe	Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, JuS 1965, 81
Schwartz, Johann Christoph	Das Billigkeitsurteil des § 829 BGB, Halle 1904
Seckel, Emil	Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Neudruck Darmstadt 1954
Seuffert-Walsmann	Kommentar zur ZPO, Band II, 12. Aufl. München 1933
Siber, Heinrich	Kompensation und Aufrechnung, Leipzig 1899
Siebert, Wolfgang	Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934 (zit.: 'Verwirkung')
derselbe	Die Methode der Gesetzesauslegung, Heidelberg 1958 (zit.: 'Gesetzesauslegung')
Siegert, Karl	Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung, Berlin 1929
Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, 9./10. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1962/1967
Stagel-Michelmayr	Zivilprozeßordnung und Jurisdiktionsnorm, 12. Aufl. Wien 1960
Staudinger, J. v.	Kommentar zum BGB, 11. Aufl. Berlin 1956-67 (zit.: 'Staudinger' und mit dem jeweiligen Bearbeiter)

Stein, Friedrich	Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, Tübingen 1921
Stein-Jonas- (Schönke-) Pohle	Kommentar zur ZPO, 18./19. Aufl. Tübingen 1956 bzw. 1964/67
Struckmann-Koch	Kommentar zur ZPO, 9. Aufl. Berlin 1910
Stubenrauch, Moritz von	Kommentar zum Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. Wien 1899
Sydow-Busch-Krantz- Triebel	Kommentar zur ZPO, Band II, 21. Aufl. Berlin-Leipzig 1935 (zit.: 'Sydow-Busch')
Thomas-Putzo	Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. München 1968
Thur, Andreas von	Lehrbuch des Allgemeinen Teils des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Nachdruck der 1910-1918 erschienen 1. Aufl., Berlin 1957
Titze, Heinrich	Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910
Walker-Jaitner	Österreichisches Exekutionsrecht, 4. Aufl. Wien 1932
Weigelin, Ernst	Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, Hannover 1904
Weismann, Jakob	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Band II Stuttgart 1905 (zit.: 'Lehrbuch')
derselbe	Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ZZP 26, 1
Westermann, Harry	Lehrbuch des Sachenrechts, 6. Aufl. Karlsruhe 1969
Wieczorek, Bernhard	Kommentar zur ZPO, Berlin 1957-63 (zit.: 'Kommentar')
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BAG vom 6. 5. 1956, AP § 767 ZPO Nr. 1
Wernz, J.	Kommentar zur Bayerischen Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von 1869, München 1871
Wolff, Ernst	Bürgerliches Recht und Prozeßrecht in Wechselwirkung, Tübingen 1952 (zit.: 'Wolff')
Wolff, Karl	Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. Wien 1947 (zit.: 'K. Wolff')
Zeiss, Walter	Die arglistige Prozeßpartei, Berlin 1967 (zit.: 'Prozeßpartei')
derselbe	Rechtskrafterstreckung bei Teilklagen, NJW 1968, 1305
Zeuner, Albrecht	Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959 (zit.: 'Rechtskraft')
derselbe	Wiederholung der Kündigung und Rechtskraft im Kündigungsschutzstreit, MDR 1956, 257
Zimmermann, Theo	Struktur- und Einzelfragen der Gesetzauslegung im Spiegel der Entwicklung höchstrichterlicher Rechtsprechung, GA 1955, 336

Zöller, Richard

Kommentar zur ZPO, 10. Auf. München 1968 (zit.:
'Zöller' und mit dem jeweiligen Bearbeiter)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA (AA)	anderer Ansicht
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band, Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
DR	Deutsches Recht Ausgabe A (Jahr, Seite)
DRspr	Deutsche Rechtsprechung (Leitzahl, Blatt)
EvBI	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreich, als Beilage zur Österreichischen Juristenzeitung (Jahr, Nr.)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr, Seite)
GruchBeitr	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Grucholt (Band, Seite)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nr.)
JherJahrb	Jherings Jahrbücher für Dogmatik (Band, Seite)
JBt	Juristische Blätter (Österreich) (Jahr, Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen (§, Nr. der Entsch.)
LZ	Leipziger Zeitschrift (Jahr, Seite)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
NiedersRPfl	Niedersächsische Rechtspflege (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
OLGRspr	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band, Seite)
ObLGZ	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RAGE	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des RAG (Band, Seite)
Rechtspfl	Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr, Seite)
SächsArch	Sächsisches Archiv für Rechtspflege (Jahr, Seite)
SchIH	Schleswig-Holsteinisch
SchIHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Jahr, Seite)
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Nr.)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr, Spalte)
WarnJahrb	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivilrechts, Handelsrechts und Prozeßrechts (Jahr, Nr.)

WarnRspr	Warneyer, Die Rechtsprechung des RG auf dem Gebiete des Zivilrechts (Jahr, Nr.)
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgegeben von Georg Ziegler (Band, Nr.)
ZDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band, Seite)

1. Abschnitt: Einleitende Erörterungen

§ 1 Einleitung: Die Fragestellung für die vorliegende Untersuchung

1) Die Aufgabe der Untersuchung

§ 767 ZPO regelt den Schutz eines verurteilten Schuldners vor einer Vollstreckung des Gläubigers, die nachfolgend aus materiellrechtlichen Gründen ungerechtfertigt geworden ist. Gegen eine solche Vollstreckung kann sich der Schuldner durch eine Klage auf Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels¹⁾ zur Wehr setzen. Diese Klage wird allgemein als "Vollstreckungsgegenklage" bezeichnet²⁾.

In dem Verfahren nach § 767 ZPO kann eine Rechtsfolge immer nur verteidigungshalber vom früheren Beklagten geltend gemacht werden. Das ergibt sich aus der Natur der Vollstreckungsgegenklage³⁾. Eine solche prozessuale Verteidigung gegen die Vollstreckung des materiellen Anspruchs ist hier nur möglich in der Form des Vorbringens von Tatsachen, die den Tatbestand einer Gegennorm⁴⁾ erfüllen, also durch Erhebung einer rechtshemmenden oder rechtsvernichtenden Einrede im Sinne der ZPO⁵⁾.

Die Beschränkungen, denen § 767 II ZPO das Geltendmachen von Einreden zur Begründung einer Vollstreckungsgegenklage unterwirft, haben dann klare Grenzen, wenn die Einrede ipso iure, also ohne ausdrücklichen Vollzugsakt einer Partei, entsteht⁶⁾.

Eine Besonderheit ist nur dann gegeben, wenn die Partei die für sie günstige Rechtsfolge durch einen Willensakt herbeiführen kann, wenn also zum Tatbestand der Gegennorm ein Gestaltungsvollzug gehört. § 767 II schließt eine Einrede dann aus, wenn ihr 'Grund' schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt entstanden ist. Bei den Gestaltungen ist nun die rechtliche Bedeutung des Vollzugsakts für die durch ihn ausgelöste Rechtsfolge in seinem Verhältnis zu den

1) Zum Rechtscharakter dieser Klage siehe unten § 3 I.

2) Die Klage des Schuldners gegen den Gläubiger nach § 767 ZPO, im Gesetz nicht besonders bezeichnet, ist erstmals von Kohler (AcP 72, 1ff) 'Vollstreckungsgegenklage' genannt worden. Diese sprachlich zwar unschöne Wendung hat sich, im Gegensatz zu der von Reichel (AcP 133, 20) vorgeschlagenen Bezeichnung 'Vollstreckungsabwehrklage' allgemein durchgesetzt.

3) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 767 Anm. 2A.

4) Zu diesem Begriff vgl. Rosenberg-Schwab § 105 II 2.

5) Baumbach-Lauterbach aaO.

6) Vgl. Lent DR 1942, 868.

überbringen Tatbestandselementen der betreffenden Norm umstritten. Teilweise sieht man den Vollzugsakt als zum 'Grund' der Gestaltungseinrede gehörig an. Oft wird aber auch der 'Grund' als Inbegriff aller Tatbestandselemente ausschließlich des Vollzugsakts bezeichnet⁷⁾. Insbesondere daraus ergeben sich Schwierigkeiten für die Frage, ob Gestaltungseinreden ausgeschlossen sind, wenn die Gestaltungslage schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt bestanden hat, der Vollzug aber erst nachträglich eingetreten ist⁸⁾. § 767 II ist insofern unklar und auslegungsbedürftig.

Ein Beispiel Lents⁹⁾ mag diese Fragestellung verdeutlichen. Einem Käufer ist im Kaufvertrag ein Rücktrittsrecht innerhalb einer bestimmten Frist eingeräumt worden. Der Verkäufer klagt lange Zeit vor deren Ablauf auf Zahlung des Kaufpreises. Hier fragt es sich, ob der Käufer nach dem nach § 767 II maßgeblichen Zeitpunkt mit der Berufung auf die Ausübung seines Rücktrittsrechts ausgeschlossen sein soll. Die praktische Bedeutung dieses Problems zeigt sich an der Vielzahl von ober- und höchstrichterlichen Entscheidungen, die sich mit dieser Frage zu befassen hatten. Gleichwohl hat sich bis heute keine allgemein anerkannte Lösung durchsetzen können. Das mag daran liegen, daß das genannte Problem bisher noch nicht systematisch und grundlegend untersucht worden ist. Richterliche Entscheidungen hatten sich naturgemäß immer nur mit Einzelfällen auseinanderzusetzen und beschränkten sich daher in der Regel auf die Erörterung der jeweils fraglichen Einrede. In der Literatur finden sich zwar verschiedene Abhandlungen zu diesem Thema. Aber auch da werden die verschiedenen entscheidenden Fragenkreise teilweise überhaupt nicht oder in mehr fragendem als beantwortendem Sinne angeschnitten¹⁰⁾.

Die vorliegende Untersuchung behandelt daher das Problem, wann eine Gestaltungseinrede im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage zulässig ist, wenn die damit geltend gemachte Rechtsfolge durch die Gestaltung schon rechtzeitig für den vorausgegangenen Vollstreckungstitel hätte herbeigeführt werden können, aber erst nachfolgend bewirkt worden ist.

7) Zur Literatur siehe unten § 2.

8) Vgl. hierzu im einzelnen unten § 6.

9) Lent DR 1942, 871.

10) Eine Übersicht über die einschlägigen Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung wird unten § 2 geben.

II) Die einzelnen Gestaltungsrechte

Bisher wurde von dem 'Gestaltungsrecht' gesprochen. Dieser Begriff hat keine allgemein anerkannte Definition erfahren¹¹⁾. Für die vorliegende Untersuchung spielt er nur eine terminologische, nicht aber ein sachlich entscheidende Rolle. Welche Rechtsänderungsrechte hier zu behandeln sind, entscheidet sich nicht danach, ob sie als Gestaltungsrecht im formalen Sinne anzusehen sind. Maßgeblich sein muß vielmehr, ob die Rechtsänderung durch ein Handeln des Berechtigten allein oder in Verbindung mit einem konstitutiven richterlichen Urteil eintritt. Eine Mitwirkung des Gegners darf nicht erforderlich sein.

Diejenigen Fälle, in denen die Rechtsänderung durch ein nichtrechtsgeschäftliches Verhalten eines der Beteiligten bewirkt wird, sind zu verschiedenartig, als daß man für sie eine einheitliche Regelung finden könnte¹²⁾. Es verbleiben für die vorliegende Untersuchung folgende Fälle¹³⁾:

- a) Verschiedene Erwerbsberechtigungen, also beispielsweise das Recht, durch Annahme einer Offerte einen Vertrag zustandezubringen (nicht aber die Möglichkeit, eine Offerte abzugeben, die dann erst durch Annahme des Gegners rechtsändernd wirkt) oder durch Erteilung einer Genehmigung einen schwebend unwirksamen Vertrag wirksam zu machen;
- b) die Aufhebungsrechte, nämlich Aufrechnung, Anfechtung, Rücktritt vom Verträge, Widerruf, Kündigung, Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung¹⁴⁾, Wandlung¹⁵⁾ und Minderung;
- c) die Einreden des BGB¹⁶⁾, wie die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach § 320 BGB, die der Vorausklage bei der Bürgschaft (§ 771 BGB) oder als wohl wichtigste die Einrede der Verjährung;
- d) verschiedene Rechtsänderungsrechte, durch deren Ausübung ein bestehendes Rechtsverhältnis ohne Aufhebung seiner Identität verändert oder näher bestimmt wird, wie das Wahlrecht bei der Wahlschuld oder das Recht, eine Blankourkunde auszufüllen¹⁷⁾.

11) Er wird im Gesetz nicht verwendet. Vgl. Seckel S. 5ff; Enneccerus-Nipperdey § 73 I 3; dagegen Lent DR 1942, 868; Dölle S. 11; Lange § 12 III 3; Staudinger-Coing § 194 Anm. 11.

12) Dies gibt auch Nipperdey zu (aaO), obwohl er auch diese Rechtsänderungsmöglichkeiten zu den Gestaltungsrechten im eigentlichen Sinne rechnet.

13) Nach Enneccerus-Nipperdey aaO.

14) Nach der Differenztheorie, unten § 13 VI.

15) Sofern man der Herstellungstheorie folgt, unten § 13 VII.

16) Es wird allerdings nicht immer klar herausgestellt, daß die Einreden des BGB Gestaltungsrechte sind, vgl. unten § 12.

17) Vgl. Palandt-Gramm § 398 Anm. 1; Enneccerus-Lehmann § 78 II 5; Staudinger-Coing § 194 Anm. 11.

Alle diese Rechtsänderungsrechte werden in der vorliegenden Untersuchung zumeist gemeinsam behandelt werden können. Aus sprachlichen Gründen werden sie daher zusammen als 'Gestaltungsrechte' (im weiteren Sinne) bezeichnet werden.

§ 2 Überblick über die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen

Die vorliegende Fragestellung hat, wie schon angedeutet¹⁾, in Rechtsprechung und Literatur die unterschiedlichsten Beantwortungen erfahren. Eine erschöpfende Untersuchung des Problems fehlt indes.

1) Die in der Rechtsprechung vertretenen Standpunkte

In der Rechtsprechung wurde, von einigen Ausnahmen abgesehen, nur eine Auffassung vertreten.

Das RG hat in ständiger Rechtsprechung einen Ausschluß der Gestaltungseinreden bejaht. Es war der Ansicht, daß der Grund dieser Einreden immer schon mit der Gestaltungslage entstehe und daß der Schuldner, der gestalten könne, dies auch tun müsse. Hierbei hat das RG das 'Können' stets im objektiven Sinne verstanden, weil man im Interesse eines zügig abzuwickelnden Vollstreckungsverfahrens möglichen Schikanen und Verzögerungen des Schuldners entgegenwirken müsse.

Diese Auffassung hat das RG am häufigsten für die Aufrechnung ausgesprochen²⁾. Es finden sich auch Entscheidungen zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung³⁾, zur Wandlung⁴⁾ und zur Einrede des BGB⁵⁾ oder für die Gestaltungen allgemein⁶⁾.

Das RAG⁷⁾ ist sogar so weit gegangen, daß es eine Aufrechnungseinrede schon dann ausschloß, wenn die aufzurechnende Forderung nur wirtschaftlich, nicht aber formalrechtlich dem Schuldner des eingeklagten Anspruchs zustand. Der Rechtsprechung des RG hat sich der BGH, ohne eigene Begründung und

1) Oben § 1 I.

2) RGZ 64, 228 mit eingehenden Ausführungen und vielen Nachweisen; ferner: RG JW 1902, 532; 1904, 96; 1907, 521; WarnRspr 1910 Nr. 76; JW 1913, 928; 1917, 45; HRR 1935 Nr. 691.

3) RG WarnRspr 1913 Nr. 31; JW 1906, 82.

4) RG SeuffArch 83 Nr. 176.

5) RGZ 158, 149.

6) RGZ 100, 98; 144, 220.

7) RAGE 13, 458.

unter Wiederholung von dessen Argumenten, angeschlossen⁸⁾. Konsequenterweise läßt er eine bisher objektiv nicht mögliche prozessuale Berufung auf eine rechtzeitig vollzogene Gestaltung zu⁹⁾. Ebenso hat das BAG entschieden¹⁰⁾.

Einen Ausschluß der Gestaltungseinreden haben auch die Oberlandesgerichte zum größten Teil bejaht, gleichfalls zumeist nur für den besonderen Fall der Aufrechnung¹¹⁾. In diesem Sinne entschieden hat auch das Schleswig-Holsteinische OLG im Jahre 1959¹²⁾.

Im Fall einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung sind dagegen dieses Gericht sechs Jahre zuvor¹³⁾ und das OLG Stuttgart¹⁴⁾ für einen Ausschluß allein bei Kenntnis des Schuldners von seinem Gestaltungsrecht eingetreten. Ebenso hat sich das OLG Dresden für den Rücktritt vom Vertrage entschieden¹⁵⁾.

Gegen einen Ausschluß schlechthin hat sich nur das OLG Karlsruhe¹⁶⁾ - ausdrücklich allerdings nur für die Aufrechnung - ausgesprochen.

§ 767 II ZPO gilt auch im Verwaltungsgerichtsverfahren¹⁷⁾. Weder dazu noch zu dem insofern ähnlichen Art. 21 BayVwZVG finden sich einschlägige Stellungnahmen in Praxis und Lehre¹⁸⁾.

II) Die von der Lehre vertretenen Auffassungen

Vielfältiger sind die von der Lehre vertretenen Meinungen. Da hier die Entwicklung durch einen Aufsatz von Lent im Jahre 1942 entscheidend beeinflußt wurde, empfiehlt sich eine Gliederung der Darstellung für die Zeit vor und nach 1942.

1) Die Entwicklung bis zum Jahre 1942

Die höchstrichterliche Auffassung wurde nach dem Inkrafttreten der ZPO und des BGB überwiegend von den Lehrern des Prozeßrechts geteilt. Die meisten

8) BGHZ 24, 98; 34, 279; BGH NJW 1964, 1797. Zur Entscheidung des BGH ZZP, 75, 253 (mit Anm. von Schwab ebenda) siehe unten § 6 zu Fußnote 72.

9) BGH NJW 1963, 538 mit Anm. von Nirk.

10) BAG NJW 1956, 1007.

11) OLG Hamburg OLG Rspr 25, 332; MDR 1953, 558; OLG Posen OLG Rspr 25, 160; OLG Breslau JW 1930, 564; BayObLGZ 18, 295; OLG Naumburg JW 1936, 1863.

12) SchIHOLG SchIHA 1960, 206.

13) SchIHOLG, Beschluß 2 W 100/53 (zitiert nach MDR 1953, 558 als Anmerkung der Schriftleitung).

14) OLG Stuttgart NJW 1955, 1562.

15) OLG Dresden OLG Rspr 16, 292.

16) OLG Karlsruhe OLG Rspr 14, 162.

17) § 167 I 1 VwGO; vgl. auch OVG Hamburg VerwRspr 15 Nr. 117; Hessischen VGH VerwRspr 5 Nr. 137.

18) Vgl. OVG Hamburg aaO; Schmitt-Lermann Art 21 Anm. 3.

legten ihrer Meinung die Argumentation des RG zugrunde. Sie betonten die rechtspolitische Notwendigkeit, auf den Beklagten für eine frühzeitige Ausübung seines Gestaltungsrechts einzuwirken.

Hier sind zu nennen Förster-Kann¹⁹⁾ und Petersen-Anger²⁰⁾, Gaupp-Stein²¹⁾, Seuffert-Walsmann²²⁾, Sydow-Busch²³⁾, Struckmann-Koch²⁴⁾, Eccius²⁵⁾, Abraham, der sich eingehender damit auseinandersetzt²⁶⁾, und Herriger²⁷⁾. Keine besondere Begründung geben Planck²⁸⁾, Falkmann-Mugdan²⁹⁾, Goldschmidt³⁰⁾ und Hellwig³¹⁾. Für das vertraglich begründete Rücktrittsrecht vertritt Hellwig die Ansicht, daß es im Urteil vorbehalten werden könne und nur dann noch nachträglich frei ausgeübt und geltend gemacht werden dürfe³²⁾.

Außer dem rechtspolitischen Gesichtspunkt halten den Wortlaut des § 767 II ZPO für maßgeblich Fischer³³⁾, Neuner³⁴⁾ und insbesondere Hellwig-Oertmann³⁵⁾. Die sprachliche Differenzierung zwischen 'Einrede' und 'Grund der Einrede' in § 767 II könne nur dann sinnvoll sein, wenn man die Einrede als schon mit der objektiven Gestaltungsmöglichkeit entstanden ansehe³⁶⁾.

Auf den Feststellungsscharakter des Urteils hinsichtlich aller das Rechtsverhältnis betreffenden objektiven Verhältnisse beruft sich Kohler³⁷⁾. Mit dem Hinweis, es sei zwischen prozessualer und zivilistischer Aufrechnung zu unterscheiden, beschränkt er später den Ausschluß auf die erstere³⁸⁾.

Gegen einen Ausschluß der Gestaltungseinreden treten vor allem die Lehrer des materiellen Rechts ein. Im Gegensatz zu den meisten Autoren des Prozeßrechts, die vor allem rechtspolitische Gesichtspunkte hervorheben, betonen sie die materiellrechtliche Seite des Problems, nämlich, daß die Rechtsänderung erst durch den Gestaltungsvollzug eintrete. Erst danach könne ein

19) Förster-Kann § 767 Anm. 3c/bb.

20) Petersen-Anger § 767 Anm. 6.

21) Gaupp-Stein § 767 Anm. II 2. Vgl. aber unten Fußnote 74.

22) Seuffert-Walsmann § 767 Anm. 3b.

23) Sydow-Busch § 767 Anm. 7a.

24) Struckmann-Koch § 767 Anm. 4, 5.

25) Eccius S. 255 ff.

26) Abraham S. 42 ff.

27) Herriger JW 1936, 1863.

28) Planck ZPO II S. 696.

29) Falkmann-Mugdan S. 393 ff.

30) Goldschmidt-Lehrbuch S. 336.

31) Hellwig Klagerecht § 140 III 3bß, § 231 IV 2; System I S. 799 Fußnote 43.

32) Hellwig System I aaO.

33) Fischer ZZP 43, 96.

34) Neuner S. 36.

35) Hellwig-Oertmann System II S. 196; Oertmann Aufrechnung S. 110 ff.

36) So vor allem Oertmann Aufrechnung aaO.

37) Kohler ZZP 20, 17 ff.

38) Kohler ZZP 24, 17 ff.

Ausschluß in Frage kommen. Vorher sei der Grund der Einrede noch nicht entstanden, was aber § 767 I ZPO fordere. Hier sind zu nennen Planck³⁹⁾, Endemann⁴⁰⁾, Weigelin⁴¹⁾, Crome⁴²⁾, Lang⁴³⁾ und andere⁴⁴⁾. Die gleiche Auffassung vertritt Weismann für die Aufrechnung⁴⁵⁾.

Daran, daß der Prozeß keinen Zwang zum rechtsgeschäftlichen Handeln statuieren könne, läßt Lippmann einen Ausschluß scheitern⁴⁶⁾. Von ähnlichen Überlegungen läßt sich Rehbein leiten⁴⁷⁾.

Billigkeitserwägungen führt Titze an⁴⁸⁾. Dem Schuldner dürfe ein Anfechtungsrecht, von dem er möglicherweise nichts wisse, nicht genommen werden.

Mit dem Hinweis, daß prozessuale Nichtgeltendmachen der nicht vollzogenen Gestaltung dürfe dem der erklärten nicht gleichgesetzt werden, läßt Reichel die Einreden der Anfechtung und der Aufrechnung zu⁴⁹⁾. Zum gleichen Ergebnis kommt Pagenstecher⁵⁰⁾.

2) Die Entwicklung seit 1942

Im Jahre 1942 erschien ein grundlegender Aufsatz von Lent⁵¹⁾, in dem dieser die Möglichkeit einer Abgrenzung des Ausschlusses nach subjektiven Merkmalen ablehnte und sich daraufhin gegen jeden Ausschluß aussprach. Auch hob er besonders hervor, daß dem materiellen Recht bestimmte Interessenabwägungen zugrundelägen, insbesondere bei der Fristsetzung für den Gestaltungsvollzug, und daß diese Abwägungen nicht durch das Prozeßrecht verändert werden dürften⁵²⁾.

Nach und nach entschieden sich immer mehr Autoren für die von Lent vertretene Auffassung, so daß man heute fast von herrschender Lehre sprechen kann,

39) Planck BGB § 389 Anm. 4 (vgl. aber oben Fußnote 28).

40) Endemann S. 840 Fußnote 3.

41) Weigelin S. 20, 129.

42) Crome S. 300 Fußnote 7.

43) Lang S. 41 zu Fußnote 8.

44) Eck S. 377 ff; Försch GruchBeitr 42, 227, 229; Leonhard Aufrechnung S. 156 f; Siber S. 125.

45) Weismann Lehrbuch S. 99 f; ZZZ 26, 24. Für die Anfechtung folgt Weismann dagegen der höchstrichterlichen Meinung.

46) Lippmann Kompensation S. 233. Daß Lippmann (Aufrechnungserklärung S. 441) für die Prozeßaufrechnung keine rückwirkende Kraft anerkennt, spielt hierbei keine Rolle.

47) Rehbein S. 352.

48) Titze S. 429 ff.

49) Reichel S. 25 für die Anfechtung, S. 32 für die Aufrechnung (vgl. S. 55 für die Wandlung).

50) Pagenstecher Eventualaufrechnung S. 70 ff.

51) Lent DR 1942, 868 ff.

52) Vgl. auch Lent AcP 152, 419.

die der entgegengesetzten höchstrichterlichen Rechtsprechung gegenübertritt. Hier zu nennen sind vor allem Rosenberg⁵³⁾, der sich in seinem Lehrbuch seit der 4. Auflage⁵⁴⁾ der Lent'schen Meinung angeschlossen hat⁵⁵⁾, und Schwab⁵⁶⁾, Wieczorek⁵⁷⁾, Schönke-Baur⁵⁸⁾ und Bruns⁵⁹⁾ sind der gleichen Auffassung⁶⁰⁾. Leider behandeln diese Autoren das Problem des Einredeausschlusses nur sehr knapp. Staudinger⁶¹⁾ wendet sich vor allem dagegen, daß aus der Rückwirkung der Aufrechnung ein Ausschluß begründet werde, geht aber auf die anderen Gestaltungsrechte nicht ein.

Nur mit der Aufrechnung und Anfechtung befaßt sich auch Schuler⁶²⁾. Er differenziert zwischen beiden Gestaltungsarten und befürwortet für die letzte einen Ausschluß nach der subjektiven Theorie⁶³⁾. Für die Aufrechnung lehnt er einen Ausschluß ab, mit dem Hinweis, daß hier kein Bedürfnis nach einer baldigen Klärung der endgültigen Rechtslage bestehe⁶⁴⁾. Ebenfalls zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt Blomeyer⁶⁵⁾, der bei der Aufrechnung für einen Ausschluß eintritt, aufgrund eines Vergleichs mit der Zahlung, während er die übrigen Gestaltungsrechte frei zuläßt. Bötticher wendet sich in seiner Besprechung des Lehrbuchs von Blomeyer gegen dessen Auffassung bei der Aufrechnung⁶⁶⁾.

Nur wenige Autoren vertreten noch uneingeschränkt die Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung: Zöller-Scherübl⁶⁷⁾, Jaeger-Lent⁶⁸⁾ und Baumbach-Lauterbach⁶⁹⁾. Nikisch⁷⁰⁾ bezeichnet einen prozessualen Ausschluß der Gestaltungseinreden als "schwerlich begründbar", ohne dies aber näher auszuführen. Für die Aufrechnung kommt er jedoch zu einem Ausschluß, allerdings nur aufgrund seines besonderen Standpunkts zur Prozeßaufrechnung⁷¹⁾.

53) Rosenberg Lehrbuch § 183 III 2aa.

54) Im Jahre 1949.

55) Außerdem Rosenberg SJZ 1950, 313.

56) Schwab ZZP 74, 301 f; Streitgegenstand S. 163.

57) Wieczorek Kommentar § 767 Anm. D III b 1 (allerdings unklar); AP § 767 ZPO Nr. 1 (Anm.).

58) Schönke-Baur § 43 III 1b.

59) Bruns S. 60.

60) Ferner im gleichen Sinne: Thomas-Putzo § 767 Anm. 6e; Lent-Jauernig Zwangsvollstreckung § 12 II.

61) Staudinger-Werner § 389 Anm. II 3 b

62) Schuler NJW 1956, 1497 ff.

63) Vgl. oben I am Anfang.

64) Schuler aaO S. 1500.

65) Blomeyer § 90 II 2.

66) Bötticher ZZP 77, 483 f.

67) Zöller-Scherübl § 767 Anm. 2a.

68) Jaeger-Lent § 53 Anm. 24.4.

69) Baumbach-Lauterbach § 767 Anm. 4B.

70) Nikisch Prozeßaufrechnung S. 765 ff.

Auch der Entwurf zu einer ZPO 1931⁷²⁾ spricht sich, unter Wiederholung der schon vom RG angeführten Argumente, zumindest bei der Aufrechnung für einen Ausschluß aus.

Während all diese Autoren das Gestalten-'Können' im objektiven Sinne definieren, zumindest für einige Gestaltungsrechte, hat sich der Kommentar von Stein-Jonas-Schönke-Pohle ab der 16. Auflage⁷³⁾ allgemein für die subjektive Theorie entschieden⁷⁴⁾. Er schließt nur solche Einreden aus, die der Betreffende subjektiv rechtzeitig hätte geltend machen können. Von Pohle findet sich sonst keine hierzu einschlägige Stellungnahme. Schönke umgeht in seinem Lehrbuch diese Frage, weil er auf die Gestaltungserklärung abstellt⁷⁵⁾. Sonst findet sich auch von ihm keine weitere Ausführung hierzu.

Ebenfalls die subjektive Theorie wendet Mohrbutter an⁷⁶⁾, der zur Begründung auf das übrige Schrifttum verweist⁷⁷⁾.

III) Österreichisches, Schweizer Recht

Auch das österreichische Recht enthält das Rechtsinstitut der Vollstreckungsgegenklage. § 35 der Exekutionsordnung vom 27. 5. 1896, die dem 8. Buch der ZPO entspricht, ist eine dem § 767 ZPO entsprechende Regelung, die in bezug auf das vorliegende Problem ebenso unklar gefaßt ist⁷⁸⁾.

Hier wird überwiegend ein Ausschluß vertreten. Klang-Gschntzer berufen sich, für die Aufrechnung, darauf, daß der eigentliche Grund dieser Gestaltung aus der Gestaltungslage bestehe. Außerdem führen sie rechtspolitische Gesichtspunkte an⁷⁹⁾. Ebenso argumentieren die Rechtsprechung⁸⁰⁾ und der überwiegende Teil der Lehre, wie Fasching⁸¹⁾, Walker-Jaitner und Heller-

72) Entwurf zur ZPO 1931 S. 478.

73) Im Jahre 1939.

74) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, heute § 767 Anm. II 2c.

75) Schönke-Baur § 43 III 1b.

76) Mohrbutter A II 3 Ziff. 7.

77) Mohrbutter aaO zu Fußnote 98.

78) § 35 EO lautet: "(I) Gegen den Anspruch, zu dessen Gunsten Exekution bewilligt wurde, können im Zuge des Exekutionsverfahrens nur insofern Einwendungen erhoben werden, als diese auf den Anspruch aufhebenden oder hemmenden Tatsachen beruhen, die erst nach Entstehung des diesem Verfahren zugrundliegenden Exekutionstitels eingetreten sind. Falls jedoch dieser Exekutionstitel in einer gerichtlichen Entscheidung besteht, ist der Zeitpunkt maßgebend, zu welchem der Verpflichtete von den bezüglichlichen Tatsachen im vorausgegangenen gerichtlichen Verfahren wirksam Gebrauch machen konnte...".

79) Klang-Gschntzer § 1438 Anm. V 2c.

80) Österreichischer OGH, zitiert bei Heller § 35 An. B 3 ff.

81) Fasching § 411 Anm. 42.

Trenkwalder⁸²⁾, Kohler⁸³⁾ und Stubenrauch⁸⁴⁾. Nur vereinzelt stellt man auf den Zeitpunkt des Gestaltungsvollzugs ab und lehnt daher einen Ausschluß der Einrede ab. Dies vertritt Pollak⁸⁵⁾. Keine Stellungnahme geben Leske-Loewenfeld und Petschek-Stagel⁸⁶⁾.

Nachdem sich der Österreichische OGH im Jahre 1930 für die subjektive Theorie entschieden hatte⁸⁷⁾, vertrat er vom Jahre 1933 an ständig die objektive⁸⁸⁾. Ebenso entscheidet die Lehre⁸⁹⁾.

Zwar können im österreichischen Recht, im Gegensatz zur deutschen ZPO⁹⁰⁾, auch neu aufgefundene Tatsachen zur Wiederaufnahme eines schon abgeschlossenen Verfahrens führen⁹¹⁾. Nach der ständigen Rechtsprechung des OGH können nachfolgend vollzogene Gestaltungen aber nicht als solche Tatsachen gelten⁹²⁾. Sie können daher nicht als Wiederaufnahmegrund benutzt werden. Für die Fragestellung der vorliegenden Untersuchung hat die unterschiedliche Regelung des Wiederaufnahmerechts also keine Bedeutung.

In der Schweiz ist zwar das materielle Recht für das ganze Bundesgebiet vereinheitlicht. Das Prozeßrecht dagegen ist noch für die einzelnen Kantone zersplittert⁹³⁾. Die verschiedenen Zivilprozeßordnungen enthalten das Rechtsinstitut der Vollstreckungsgegenklage, wobei die vorliegende Fragestellung gleichermaßen offen ist⁹⁴⁾. Eine eingehende Bearbeitung des gesamten kantonalen Prozeßrechts fehlt noch⁹⁵⁾. Soweit in summarischen Gesamtdarstellungen oder einzelnen Untersuchungen dieses Problem erörtert wird, findet sich eine überwiegende Bejahung des Ausschlusses. In diesem Sinne spricht sich Guldener aus, ohne dies näher auszuführen oder zu begründen⁹⁶⁾. Keine Stellung-

82) Walker-Jaitner § 14 II zu Fußnote 2; Heller-Trenkwalder § 35 Nr. 28/2c.

83) Kohler ZP 20, 18.

84) Stubenrauch § 1438/40 Anm. IV zu Fußnote 2.

85) Pollak § 173 III b.

86) Vgl. Leske-Loewenfeld Teil 'Österreich' § 29 V; Petschek-Stagel § 94/2.

87) Österreichischer OGH bei Heller § 35 Anm. B 1.

88) Österreichischer OGH aaO Anm. B 3 ff.

89) Oben Fußnote 82, 84-87.

90) § 580 Ziff. 7 d ZPO läßt nur Urkunden zu.

91) § 530 ÖsterrZPO lautet: "(I) Ein durch Urteil geschlossenes Verfahren kann auf Antrag einer Partei wieder aufgenommen werden: ... 7. wenn die Partei in Kenntnis von neuen Tatsachen gelangt oder Beweismittel auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, deren Vorbringen und Benützung im früheren Verfahren eine ihr günstigere Entscheidung der Hauptsache herbeigeführt haben würde ... (II) Wegen der in Ziff. 7 angegebenen Umstände ist die Wiederaufnahme nur dann zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, die Rechtskraft des Urteils oder die neuen Tatsachen oder Beweismittel vor Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil erster Instanz erging, geltend zu machen".

92) Österr. OGH bei Stagel-Michelmayr § 530 Anm. D II; JBl 1957, 240. Vgl. aber Fasching § 411 Anm. 42.

93) Vgl. Schurter-Fritzsche 4. Teil Einleitung.

(Forts. n. S.)

nahme geben etwa Leske-Loewenfeld⁹⁷⁾ oder Schurter-Fritzsche⁹⁸⁾.

IV) Zusammenfassung

Aus dieser Darstellung erhellt, daß, wie oben vorweg schon kurz angedeutet⁹⁹⁾, das Problem des Ausschlusses von Gestaltungseinreden bei der Vollstreckungsgegenklage, insbesondere für andere Rechte als die Aufrechnung, noch keine erschöpfende Behandlung erfahren hat. Zum einen fehlt es an Untersuchungen, die den gesamten Komplex umfassend prüfen, anstatt sich auf Teilfragen zu beschränken. So mangelt es etwa an Stellungnahmen zur materiellrechtlichen Folge des prozessualen Ausschlusses anderer Einreden als der Aufrechnung oder zu der grundlegenden Frage, ob ein Ausschluß der Einreden grundsätzlich zulässig ist. Das Problem des Verhältnisses eines Ausschlusses nach § 767 II ZPO zur allgemeinen Rechtskraftwirkung bleibt unerörtert¹⁰⁰⁾. Insbesondere aber krankt die vorhandenen Untersuchungen an folgendem Mangel: Man betont jeweils entweder die verfahrensrechtlich-rechtspolitische Seite oder aber den materiellrechtlichen Aspekt eines Einrede-Ausschlusses und begründet damit den Ausschluß bzw. die Zulassung. Ein Kriterium, das die besondere Betonung der einen oder der anderen Seite dieses Problems rechtfertigen könnte, fehlt indes. Dies wird im folgenden zu untersuchen sein.

Fortsetzung von S. -10- :

94) § 255 ZPO Basel-Stadt lautet: "Behauptet in einem der Fälle des § 254 (das ist im Falle eines Leistungsurteils; Anm. d Verf.) der Verurteilte, daß seit Erlaß des Urteils seine Verbindlichkeit sei erfüllt oder getilgt worden, oder findet der Präsident sonstige Anstände gegen die begehrte Exekution, so entscheidet der Richter, welcher das Urteil erlassen hat, nach Anhörung der Parteien endgültig..." § 302 ZPO Uri lautet: "Gegen die Vollstreckung eines Urteils kann der Unterlegene Einspruch erheben... b) wenn seit Erlaß des Urteils Tatsachen eingetreten sind, welche nach zivilrechtlichen Bestimmungen die Geltendmachung des Anspruchs ganz oder teilweise ausschließen oder aufschieben..."

95) Vgl. Leske-Loewenfeld Teil 'Schweiz' 1 B.

96) Guldener § 35 Fußnote 54 (vgl. auch Fußnote 47) für die Rechtskraft. Dasselbe wird auch für die Vollstreckungsgegenklage gelten, vgl. Henckel ZJP 74 Fußnote 23.

97) Vgl. Leske-Loewenfeld Teil 'Schweiz' § 4.

98) Schurter-Fritzsche Kapitel D VI. Teil.

99) Oben § 1 I.

100) So etwa bei Lent DR 1942, 868 ff.

2. Abschnitt: Die Folgen einer Ausschlußwirkung des rechtskräftigen Urteils für das Gestaltungsvorbringen

§ 3 Der Ausschluß der Gestaltungseinrede bei der Vollstreckungsgegenklage im Verhältnis zu der allgemeinen Ausschlußwirkung der Rechtskraft

§ 767 II ZPO regelt den Einrede-Ausschluß im Verhältnis eines Erkenntnisverfahrens zum nachfolgenden Streitverfahren in der Vollstreckungsinstanz¹⁾. Praktisch und dogmatisch wesentlich bedeutsamer ist die vergleichbare Frage des Ausschlusses im Verhältnis von zwei selbständigen Verurteilungsklagen zueinander, also die Frage der Grenzen der Rechtskraft der Erstentscheidung²⁾. Es fragt sich, ob der Ausschlußumfang bei § 767 II ZPO getrennt von der Regelung bei der Rechtskraft bestimmt werden kann, oder ob er nicht mit dieser in Beziehung gesetzt werden muß.

Eine solche Notwendigkeit könnte sich aus folgender Überlegung ergeben. Der Rahmen der zulässigen Einreden bei der Vollstreckungsgegenklage wird zunächst durch § 767 II festgelegt. Es ist aber auch denkbar, daß das vorausgehende rechtskräftige Erkenntnisurteil für nachfolgende Klagen allgemeine Ausschlußwirkungen entfaltet, die auch bei einer Klage aus § 767 eintreten. In diesem Falle wäre das Problem des Einrede-Ausschlusses bei der Vollstreckungsgegenklage auch eine Frage der allgemeinen Ausschlußwirkung der vorausgehenden rechtskräftigen Entscheidung.

Es ist also zu untersuchen, welchen Einfluß die Rechtskraft des Leistungsurteils auf die Grenzen des Einrede-Ausschlusses bei der nachfolgenden Vollstreckungsgegenklage hat. Ferner wird zu berücksichtigen sein, daß eine Klage aus § 767 ZPO auch gegen nicht rechtskräftige Entscheidungen möglich ist (§ 704 I ZPO). Daraus wird sich ergeben, in welcher gegenseitigen Beziehung der Ausschlußumfang bei der Rechtskraft und derjenige bei § 767 II stehen und wie weit man sich bei der Bestimmung des letzteren an der Rechtskraft zu orientieren hat.

1) Die Wirkung der Rechtskraft der vorausgehenden Entscheidung auf den Einrede-Ausschluß bei der Vollstreckungsgegenklage

Die Vollstreckungsgegenklage ist möglich gegen jeden vollstreckbaren Titel, auch wenn er schon rechtskräftig ist³⁾. Insoweit kommt ein Ausschluß der Ge-

1) Vgl. auch unten § 16 C vor I.

2) Vgl. Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 63 V.

3) Das ergibt sich aus der Natur der Klage, RGZ 100, 100; OLG München HRR 1936 Nr. 1371; Rosenberg Lehrbuch § 183 III 1.

staltungseinreden bei der Klage aus § 767 durch die Rechtskraft des zu vollstreckenden Titels in Frage.

1) Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im allgemeinen

Die Rechtskraft soll die Maßgeblichkeit der Entscheidung sichern⁴⁾. Sie verbietet daher, daß eine bereits rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge noch einmal in Frage gestellt wird. Dies ist ein Problem der objektiven Grenzen der Rechtskraft⁵⁾.

Es ist umstritten, ob die Rechtskraft jede erneute Verhandlung über die Rechtsfolge ausschließt oder nur eine davon abweichende Entscheidung. Das erstere wird von den Anhängern der sogenannten "ne-bis-in-idem-Theorie" vertreten⁶⁾, das letztere im Kommentar von Stein-Jonas-Pohle⁷⁾. Aber auch im letzteren Falle kommt man wegen des mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses für eine erneute richterliche Feststellung des gleichen Inhalts in der Regel zur Unzulässigkeit einer neuerlichen Behandlung der schon entschiedenen Frage⁸⁾. Für die Grenzen der Zulässigkeit des Parteivorbringens nach dem rechtskräftigen Abschluß eines Prozesses kommt man nach beiden Theorien zum gleichen Ergebnis⁹⁾. Eine Auseinandersetzung mit diesen beiden Auffassungen ist daher nicht geboten.

Eine erneute unzulässige Verhandlung könnte auf verschiedene Weise herbeigeführt werden. Einmal kann man die in der Erstentscheidung festgestellte Rechtsfolge zum Gegenstand eines Prozesses machen, indem man entweder dasselbe wie im Vorprozeß erneut begehrt oder das konträktorische Gegenteil¹⁰⁾.

4) Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 61 III; Seuffert-Walsmann § 322 Anm. 6 mit weiteren Nachweisen; Böttcher Rechtskraft S. 139 ff; RG JW 1913, 103.

5) Vgl. Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 63 II; Blomeyer § 89 I (§ 322 I ZPO).

6) Hier ist vor allem Böttcher zu nennen (Böttcher Rechtskraft S. 128 ff); ferner: Habscheid Streitgegenstand S. 283 zu Fußnote 4, S. 262 Fußnote 4 mit weiteren Nachweisen; Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 62 V; Rosenberg-Schwab § 152 IV 1a. Baumbach-Lauterbach Anm. 3A vor § 322; BGH JZ 1962, 496; BGHZ 34, 339; BAG NJW 1955, 479; vgl. auch Bettermann § 17 Anm. 57.

7) Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. II 2; vgl. auch RGZ 136, 163. Baumbach-Lauterbach aaO weisen daraufhin, daß diese Auffassung auf halbem Wege stehen bleibe. Gegen die "ne-bis-in-idem-Lehre" offenbar auch Blomeyer § 88 III 2 b.

8) Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. VIII 5. Ein Rechtsschutzbedürfnis wäre allenfalls dann zu bejahen, wenn die siegreiche Partei ihre Urteilsausfertigung verloren hat und wenn eine zweite Ausfertigung nicht zu beschaffen ist, vgl. Blomeyer § 88 III 2.

9) Darauf weisen auch Lent-Jauernig aaO hin.

10) Vgl. hierzu Schwab Streitgegenstand S. 172 ff mit Beispielen für die verschiedenen Klagarten.

Zum anderen kann der Gegenstand der ersten Entscheidung mittelbar noch einmal zur Verhandlung kommen, wenn die in dieser Entscheidung festgestellte Rechtsfolge nur Vorfrage für die im zweiten Prozeß begehrte Feststellung, für diese also präjudiziell ist¹¹⁾. Präjudizielle Bedeutung hat die Vorentscheidung, wenn der festgestellte Anspruch zu den materiellrechtlichen Voraussetzungen der im zweiten Prozeß umstrittenen Rechtsfolge gehört¹²⁾.

Darüberhinaus schließlich verbietet die Rechtskraft eine erneute Verhandlung in einem zweiten Prozeß dann, wenn zwischen der darin streitigen Rechtsfolge und der schon rechtskräftig festgestellten Rechtslage ein rechtlicher Sinnzusammenhang besteht. Die Rechtskraft muß "eine bestimmte vom objektiven Recht her gegebene (positive oder negative) Sinnbeziehung zwischen dem rechtskräftig Festgestellten und der im neuen Prozeß in Frage stehenden Rechtsfolge... wahren"¹³⁾. Dieses dritte Abgrenzungskriterium für die objektiven Rechtskraftgrenzen wurde bisher von der Lehre nicht genannt¹⁴⁾. Nach den Untersuchungen von Zeuner muß aber auch dieses anerkannt werden¹⁵⁾. Insofern ist der Umfang der Rechtskraft daher nicht abhängig vom Begriff des Streitgegenstands¹⁶⁾. Wann im einzelnen eine solche Wirkung eintritt, führen Zeuner und Blomeyer aus¹⁷⁾.

Als die rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge im hier gebrauchten Sinne zu verstehen ist nur die im richterlichen Subsumtionsschluß ausgesprochene Entscheidung. Der juristische Obersatz und ihre Gründe bleiben von der Rechtskraft unberührt, § 322 I ZPO¹⁸⁾.

11) Vgl. RGZ 39, 144; 109, 235; 130, 121; 121, 2; OLG Hamm SeuffArch 78, 155; Habscheid Streitgegenstand S. 283; Rosenberg-Schwab § 155 III 1.

12) Vgl. Schwab Streitgegenstand S. 172 ff mit Beispielen für die einzelnen Klagarten.

13) Zeuner Rechtskraft S. 44.

14) Vgl. etwa Habscheid Streitgegenstand S. 283; Rosenberg Lehrbuch § 150 III 1; Schwab Streitgegenstand S. 168 ff.

15) Zeuner Rechtskraft aaO, auch S. 51 ff; vgl. Blomeyer § 89 V 4.

16) Vgl. Zeuner aaO S. 175.

17) Zeuner Rechtskraft 2. Teil, insbes. S. 51 ff; Blomeyer § 89 V 4. Daher erübrigt sich hier eine weitere Ausführung zu dieser Frage.

18) So statt vieler: Schwab Streitgegenstand S. 147; Habscheid Streitgegenstand S. 293 ff; Bernhardt § 53 III 5a; Rosenberg-Schwab § 154 II, III. Diese Frage spielt eine besondere Rolle beim Urteil über Teilansprüche, vgl. Schwab aaO und Zeiss NJW 1968, 1305.

Dies gilt nicht für die vollzogene Aufrechnung, § 322 II ZPO.

Daß Schwab mit seiner Lehre von der bindenden Feststellung der Urteils-elemente (Streitgegenstand S. 158 ff) nicht etwa die alte Lehre Savignys von der Bindung an die Urteilsgründe zu neuem Leben erwecken wollte, betont Habscheid (Streitgegenstand S. 292 f).

Innerhalb dieses Rahmens kommt ein Ausschluß von Parteibehauptungen in einem zweiten Prozeß durch die vorausgehende rechtskräftige Entscheidung in Frage¹⁹⁾.

2) Das Verhältnis der Vollstreckungsgegenklage zum vorausgehenden Prozeß

Es ist nun zu untersuchen, ob die Vollstreckungsgegenklage zum vorausgehenden Erkenntnisverfahren in einer dieser Beziehungen steht.

Die Klage nach § 767 ZPO bezweckt, daß die Vollstreckung aus dem Titel teilweise²⁰⁾ oder ganz für unzulässig oder nur Zug um Zug für zulässig²¹⁾ erklärt wird²²⁾. Sie richtet sich unmittelbar nicht gegen den Bestand des Titels²³⁾. Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage ist nicht das Begehren einer neuen sachlichen Entscheidung über den bereits festgestellten materiellen Anspruch des Gläubigers, sondern das Verlangen des verurteilten Schuldners nach Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels, also nach Aufhebung des Anspruchs des Gläubigers gegen den Staat auf die Vollstreckung²⁴⁾. Der Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage und der des vorausgegangenen Prozesses sind daher nie identisch. Auch wird nicht unmittelbar das kontradiktorische Gegenteil begehrt²⁵⁾.

19) RGZ 80, 323; 125, 164; 126, 401; 130, 119; BGH LM § 322 ZPO Nr. 23, 27; Wieczorek Kommentar § 322 Anm. E III a 2; Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. VIII 3; Rosenberg-Schwab § 152 IV, § 155 III 1; Nikisch Lehrbuch § 104 II 4a, § 106 IV 1.

Eine Ausnahme hiervon besteht nur im Eheprozeß. Nach § 616 ZPO tritt ein Ausschluß von Parteihandlungen auch bei einem Prozeß ein, der mit dem vorausgegangenen nicht in einer der genannten Beziehungen steht, so etwa bei einer Aufhebungsklage nach rechtskräftiger Entscheidung über ein Scheidungsbegehren. Zur Frage, wie weit diese besondere Erweiterung der Ausschlußgrenzen auf einem erweiterten Umfang des Streitgegenstands im Eheauflösungsverfahren und damit auch der Rechtskraft beruht oder nur auf einer rechtskraftfremden Präklusion, siehe unten § 5 II 2 zu Fußnote 69.

Das oben Gesagte gilt für die prozessualen wie für die materiellen Rechtskrafttheorien. Die Frage des Umfangs eines Ausschlusses des Parteivorbringens hat nichts zu tun mit dem Problem, ob ein Urteil konstitutiv oder deklaratorisch wirkt, Böttcher Rechtskraft S. 139 ff; Rosenberg-Schwab § 152 II; Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 62 V. Eine Auseinandersetzung mit diesen Theorien ist daher hier nicht geboten.

20) Wenn etwa eine Einrede den Anspruch nur teilweise berührt, OLG München HRR 1937 Nr. 412.

21) RG HRR 1933 Nr. 1269.

22) Vgl. Rosenberg Lehrbuch § 183 III 7.

Sie ist eine prozessuale Gestaltungsklage, RGZ 165, 380; Schönke-Baur § 43 I. Das alles ist heute unbestritten; vgl. zum früheren Streitstand Hellwig-Oertmann System II S. 193 ff. Zum Zweck der Vollstreckungsgegenklage und des § 767 II siehe im übrigen unten § 16.

23) RGZ 122, 363; Gaul JuS 1962, 1; aA Wieczorek Kommentar § 767 Anm. B III; unklar Staudinger-Weber § 242 Anm. D 525, die den § 767 als Fall der "Beseitigung einer rechtskräftigen Entscheidung" bezeichnen.

24) RG ZZP 61, 150. Vgl. auch RGZ 100, 100; 75, 201; 165, 380; 35, 398; 122, 363; Wieczorek Kommentar § 767 Anm. A I; Goldschmidt (Forts. n. S.)

Eine Klage nach § 767 ZPO ist mit Einwendungen gegen den zu vollstreckenden materiellen Anspruch zu begründen (§ 767 I). Wer eine solche Klage erhebt, also behauptet, der sachliche Grund für die Vollstreckbarkeit des Titels fehle, muß als Begründung hierfür geltend machen, daß dieser Anspruch infolge einer Einrede materiell nicht mehr bestehe oder zumindest undurchsetzbar sei²⁶⁾. Das uneingeschränkte Bestehen bzw. Nichtbestehen des im Vorverfahren ausgeurteilten Anspruchs ist eine Vorfrage für die Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage. Die Feststellung in der Entscheidung des Vorprozesses ist daher für eine Klage nach § 767 stets präjudiziell.

Einreden zur Begründung einer Vollstreckungsgegenklage stellen immer die vorausgehende Entscheidung in Frage²⁷⁾. Einreden, die von der Rechtskraft des Ersturteils ausgeschlossen werden, sind schon aus diesem Grunde nie zur Begründung einer Klage nach § 767 zu verwenden²⁸⁾. Der Kreis der bei dieser Klage zulässigen Einreden kann in diesen Fällen also nicht größer sein, als die Rechtskraft der vorausgehenden Entscheidung bestimmt.

II) Die Bedeutung des § 767 II ZPO für die Rechtskraft

Neben dieser allgemeinen Wirkung der Rechtskraft des Vollstreckungstitels auf die nachfolgende Vollstreckungsgegenklage ist noch ein besonderer Zusammenhang zu beachten.

Fortsetzung von S. -15-

24) Vollstreckungsbetrieb S. 55; Kylian S. 28; Rosenberg Lehrbuch § 183 III 8.

25) So auch Lent DR 1942, 868 f; Reichel S. 32; Rosenberg Lehrbuch § 183 183 III 7.

26) Wieczorek Kommentar § 767 Anm. C.

27) In der Rechtsprechung und in einem Teil der Literatur wird daneben auch die Möglichkeit eingeräumt, daß der Schuldner vollstreckungsbeschränkende prozessuale Abreden mit dem Gläubiger durch die Klage nach § 767 durchsetzen könne (vgl. BGH ZZP 68, 101; NJW 1968, 700; OLG Hamm OLGRspr 20, 239; Rosenberg Lehrbuch § 180 III 1b; dagegen Thomas-Putzo § 766 Anm. 7 oder auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle Anm. VI 6 vor § 704 und Baumbach-Lauterbach § 767 Anm. 2C). In diesem Falle richten sich die Einreden nicht gegen den materiellen Anspruch. Daher soll dort § 767 II nicht anwendbar sein (BGH NJW 1968, 700; OLG Hamm aaO). Da Gestaltungseinreden dagegen stets materiellrechtlicher Art sind, kann dieser Sonderfall für die vorliegende Untersuchung außer acht gelassen werden.

28) Dieser Zusammenhang ist eigenartigerweise bisher kaum erkannt worden, vgl. Martin S. 7. Man weist zumeist nur darauf hin, daß die Klage nach § 767 ZPO sich nicht (unmittelbar) gegen die Rechtskraft des Ersturteils wende, sondern allein der Beseitigung der Vollstreckbarkeit diene; vgl. zB Wieczorek Kommentar § 767 Anm. B, B II; Baumbach-Lauterbach § 767 Anm. 1A; Seuffert-Walsmann § 767 Anm. 1a; Rosenberg Lehrbuch § 183 III 7; und oben zu Fußnoten 20 ff. Man kommt allerdings für den Aus-schlußumfang gleichwohl zum gleichen Ergebnis, wo man § 767 II auch hin-(Forts. n. S.)

Es wird in der Rechtsprechung²⁹⁾ und von einigen Autoren ausdrücklich³⁰⁾ oder stillschweigend³¹⁾ die Auffassung vertreten, daß der in § 767 II ZPO für die Vollstreckungsgegenklage enthaltene Rechtsgedanke der zeitlichen Beschränkbarkeit eines nach dem dort angegebenen Zeitpunkt erfolgenden Parbeivorbringens auch für die Rechtskraftwirkung im allgemeinen gelte. Die Regelung des Verhältnisses der Klage nach § 767 zu Berufung und Einspruch sei dagegen eine vollstreckungsrechtliche Besonderheit dieser Vorschrift.

Zwar behandelt § 767 II in seinem eigentlichen Anwendungsbereich nur den Spezialfall der Vollstreckungsgegenklage. Doch können für die Bestimmung des Ausschlußumfangs andere Umstände zu berücksichtigen sein als bei den allgemeinen Rechtskraftgrenzen. Es ist denkbar, daß nach § 767 II bei der Vollstreckungsgegenklage Einreden unzulässig sind, die von der Rechtskraft nicht ausgeschlossen wären³²⁾. Der Ausschlußumfang der Vollstreckungsgegenklage und der Rechtskraft brauchen trotz der allgemeinen Anwendung des Grundgedankens von § 767 II im einzelnen nicht identisch zu sein³³⁾.

Gleichwohl empfiehlt es sich, wegen des grundsätzlichen Zusammenhangs zwischen § 767 II in seinem unmittelbaren Anwendungsfall einerseits und der Rechtskraft andererseits die Ausschlußgrenzen bei der Vollstreckungsgegenklage nicht von den allgemeinen Rechtskraftgrenzen zu lösen.

III) Das Verhältnis der Vollstreckungsgegenklage zu einem noch nicht rechtskräftigen Vollstreckungstitel

Eine Vollstreckungsgegenklage ist auch gegen einen noch nicht rechtskräftigen Titel möglich (§ 704 I ZPO). Ein Einrede-Ausschluß durch die Rechtskraft entfällt dann. Die Ausschlußgrenzen werden in diesem Falle allein durch § 767 II ZPO bestimmt³⁴⁾.

Fortsetzung von S. -16-

sichtlich des Ausschlußumfangs analog oder unmittelbar auf die Rechtskraftgrenzen anwendet, was aber nicht richtig sein kann, vgl. unten zu Fußnote 34.

29) RGZ 96, 21; 144, 220; RG JW 1913, 831; vgl. auch RG ZJP 59, 428.

30) Bötticher FamRZ 1957, 412; Rosenberg SJZ 1950, 313 f (Rosenberg spricht von § 767 II als einer "lex fugitiva"); Blomeyer § 90 I am Ende (unklar § 10 Ziff. 2 Fußnote 1); Hellwig Rechtskraft S. 12 Fußnote 29.

31) So etwa Lent DR 1942, 868.

32) Daß sich die Ausschlußgrenzen bei der Rechtskraft und bei der Vollstreckungsgegenklage nicht zu decken brauchen, hebt auch Zeuner (Rechtskraft S. 103) hervor.

33) Blomeyer (§ 90 III am Ende) übernimmt dagegen die zunächst für den Sonderfall der Vollstreckungsgegenklage gewonnenen Ergebnisse ohne weitere Prüfung für den allgemeinen Ausschluß durch die Rechtskraft, ohne dies zu rechtfertigen.

34) Dies betont Blank S. 88.

Diese Fälle haben jedoch keine besondere praktische Bedeutung. Ist gegen die vorausgegangene Entscheidung keine Berufung oder Revision eingelegt, so tritt die Rechtskraft im Normalfall nach einem Monat ein (§ 516 ZPO). Dann gilt das oben I Gesagte.

Entscheidet sich dagegen eine Partei für ein Rechtsmittel, so ist daneben für eine Vollstreckungsgegenklage kein Platz. Für sie wäre das Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen³⁵⁾. Die Frage des Einrede-Ausschlusses bei der Klage nach § 767 kann daher nicht aktuell werden.

IV) Ergebnis

Die Ausschlußgrenzen nach § 767 II ZPO und die Wirkungen der Rechtskraft stehen in enger gegenseitiger Beziehung. Die Rechtskraft als die wichtigste Ausschlußnorm der ZPO kann daher bei der Bestimmung des Inhalts von § 767 II nicht unberücksichtigt bleiben.

Zur Lösung der Aufgabe der vorliegenden Untersuchung ist es erforderlich, zunächst zu prüfen, welche Gestaltungseinreden durch die Rechtskraft ausgeschlossen sind. Erst danach kann die Fragestellung für die Vollstreckungsgegenklage beantwortet werden³⁶⁾.

35) Die Vollstreckungsgegenklage kann zwar nicht mit Einreden begründet werden, die noch durch Einspruch geltend gemacht werden können, wohl aber mit solchen, die man noch durch Berufung vorbringen könnte (§ 767 II ZPO); vgl. Baumbach-Lauterbach § 767 Anm. 4C; Hellwig Klagerecht S. 497; Blomeyer S. 466 Fußnote 3.

Der Schuldner hat die Wahl zwischen Vollstreckungsgegenklage und Berufung. Hat er sich für eine Möglichkeit entschieden, so entfällt die jeweilige Alternative, vgl. Baumbach-Schwab S. 203.

Im Entwurf zur ZPO 1877 ist in dem dem heutigen § 767 entsprechenden § 635 II auch ein Einrede ausgeschlossen gewesen, die durch Berufung geltend gemacht werden kann. § 635 II E lautete: "Dieselben sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzbuchs spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch oder Berufung nicht mehr geltend gemacht werden können, entstanden sind und durch Einspruch oder Berufung nicht mehr geltend gemacht werden können" (Hahn, Die gesamten Materialien zur ZPO, Band I S. 81). Die Einschränkung hinsichtlich der Berufung ist gestrichen worden, weil es einfacher sei, wenn über die Einwendungen im Verfahren über die Klage nach § 767 verhandelt werde als in der zweiten Instanz (Protokolle der Kommission zu § 635 E 1. Lesung, bei Hahn aaO S. 817 ff.).

36) Vgl. aber die Methode Blomeyers oben Fußnote 33.

§ 4 Die Rechtskraft und der allgemeine Ausschluß des Gestaltungsvorbringens:
Die Fragestellung. Darstellung der hierzu vertretenen Meinungen

1) Die Fragestellung

Die Frage eines Ausschlusses der Gestaltungseinreden für ein nachfolgendes zweites Verfahren wurde oben für den besonderen Fall gestellt, daß diesem eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO zugrundeliegt¹⁾. Diese Fragestellung ist nun zu verallgemeinern. Es geht um das generelle Problem, wie weit nach dem rechtskräftigen Abschluß eines Prozesses in einem nachfolgenden Verfahren gegenüber der im ersten Prozeß getroffenen Entscheidung noch Gestaltungen geltend gemacht werden können.

Gegenüber der Fragestellung für die Vollstreckungsgegenklage ergibt sich dadurch eine Erweiterung.

Ein Ausschluß nach § 767 II ZPO kann nur die Einreden gegen den ausgeurteilten Anspruch erfassen, weil die Vollstreckungsgegenklage ein reines Verteidigungsmittel ist²⁾. Eine neuerliche Klage im genannten allgemeinen Sinne kann dagegen sowohl der Verteidigung dienen als auch dem Angriff. Im Verfahren über eine solche Klage kann nicht nur eine vom früheren Beklagten einredeweise geltend gemachte anspruchshemmende oder -vernichtende Gestaltung zur Verhandlung kommen, sondern auch eine vom früheren Kläger vorgebrachte anspruchbegründende. Man spricht hier daher zweckmäßigerweise nicht vom Geltendmachen einer Einrede im besonderen, sondern allgemein von dem 'Gestaltungsvorbringen'. Fälle eines anspruchsbezüglichen Gestaltungsvorbringens durch den früheren Kläger sind zum Beispiel immer dann möglich, wenn durch die Gestaltung Rückforderungsrechte entstehen. Hat etwa der Käufer auf Rückerstattung des Kaufpreises geklagt, weil er zurückgetreten sei, und wird die Klage wegen mangelnder Wirksamkeit dieses Rücktritts abgewiesen, so könnte er diesen erneut aussprechen und seine Klage damit wiederholen wollen³⁾. Manche Gestaltungen haben allerdings allein rechtsvernichtende Wirkung, so daß dort aus materiellen Gründen ein Gestaltungsvorbringen des früheren Klägers nicht in Frage kommt⁴⁾.

Der von der ZPO als Normalfall vorgesehene rechtskräftige Titel ist das Endurteil im Sinne des § 300 (§ 704 I). Dieser Fall wird daher der Untersuchung

1) Oben § 1 I.

2) Vgl. die oben § 1 I gegebenen Beispiele.

3) Vgl. hierzu unten § 13 zu Fußnote 67.

4) Nämlich vor allem bei der Aufrechnung (unten § 13 I) und dem Widerruf des des Darlehensvorvertrags (unten § 13 IV 2).

im folgenden zugrundegelegt. Soweit sich für andere Titel⁵⁾ Abweichungen ergeben, wird das anschließend eigens behandelt werden⁶⁾.

II) Darstellung der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen

Die Frage des Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens durch das rechtskräftige Urteil ist aus dem Gesetz zunächst ebensowenig klar zu beantworten wie der Ausschluß bei der Vollstreckungsgegenklage⁷⁾. Die ZPO enthält zwar allgemeine Vorschriften über die objektiven und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft⁸⁾, nicht aber über die zeitlichen⁹⁾.

Zur Frage der zeitlichen Rechtskraftgrenzen finden sich noch weniger eingehende Erörterungen als beim Ausschluß des Gestaltungsvorbringens im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage¹⁰⁾. Wenn dieses Problem überhaupt genannt wird, bleibt es zumeist bei der Feststellung, daß nachträglich entstehende Tatsachen¹¹⁾ durch die Rechtskraft nicht ausgeschlossen seien. Hier zu nennen sind vor allem Stein-Jonas-Pohle¹²⁾, Wieczorek¹³⁾, Lent-Jauernig¹⁴⁾, Schönke-Schröder-Niese¹⁵⁾, und Baumbach-Lauterbach¹⁶⁾.

Nähere Ausführungen finden sich bei Hellwig, der sich für einen Ausschluß ausspricht¹⁷⁾. Er weist vor allem darauf hin, daß die Entscheidung über eine Rechtsfolge nicht nur deren Bestehen feststellt, sondern auch deren Vollwirksamkeit und Unbeschränktheit. Damit sei es unvereinbar, wenn eine schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt mögliche Einrede des BGB noch nachträglich ausgeübt und im Prozeß vorgebracht werden könnte. Für die Anfechtung und die Aufrechnung müsse das erst recht gelten.

Derselben Auffassung ist im Ergebnis Nikisch¹⁸⁾. Er verweist ebenfalls auf die Unvereinbarkeit der "Tragweite der Rechtskraft" mit einer nachträglichen Geltendmachung einer BGB-Einrede, einer Aufrechnung oder einer Anfechtung. Ähnliches vertritt Kohler¹⁹⁾.

5) Wie Prozeßvergleich, Kostenfestsetzungsbeschluß, vollstreckbare Urkunde, Vollstreckungsbefehl und Schiedsspruch.

6) Unten § 15 II.

7) Oben § 1 I.

8) So etwa §§ 322 bzw. 325 ZPO.

9) Diesen Begriff gebrauchen Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 63 V, Blomeyer § 90 und im Anschluß an sie Martin. Zur Bedeutung des § 767 II in diesem Zusammenhang vgl. oben § 3 II.

10) Oben § 2.

11) Hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunkts siehe unten § 5 Fußnote 8.

12) Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. VIII 4.

13) Wieczorek Kommentar § 322 E IV a 6.

14) Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 63 I.

15) Schönke-Schröder-Niese § 75 I.

16) Baumbach-Lauterbach Anm. 3B vor § 322.

Rosenberg-Schwab sprechen sich unter Hinweis auf die Grundsätze der Konzentration und der Verfahrensbeschleunigung für einen Ausschluß aus. Dieser Ausschluß soll allerdings nur eintreten, wenn der Inhaber des Gestaltungsrechts die Ausübung schuldhaft unterlassen hat²⁰⁾.

Vom Wesen der rechtskräftigen Entscheidung ausgehend kommen andere Autoren zum entgegengesetzten Ergebnis. Darauf, daß das Urteil nur eine Entscheidung über die jeweils zum maßgeblichen Zeitpunkt bestehende Rechtslage darstelle, stützt sich Pagenstecher²¹⁾. Es schließe eine künftig erfolgende Rechtsänderung auf keinen Fall aus, auch wenn diese schon früher hätte herbeigeführt werden können. Mit ähnlichen Argumenten sprechen sich Schultz²²⁾ und Blomeyer²³⁾ gegen einen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens aus. Blomeyer übernimmt dabei die aus § 767 II für die Vollstreckungsgegenklage gewonnenen Ergebnisse²³⁾. Derselben Auffassung ist Reichel²⁴⁾.

Zum gleichen Ergebnis kommt Zeuner, allerdings mit einer ganz anderen Begründung²⁵⁾. Für ihn ist die Frage nach dem Ausschluß nachträglich vollzogener Gestaltungen nicht ein Problem der zeitlichen Grenzen der Rechtskraft, sondern der objektiven. Diese Gestaltungen stünden außerhalb der "rechtlichen Sinnzusammenhänge", und ihre Geltendmachung würde daher, in einem Umkehrschluß aus § 616 ZPO²⁶⁾, nicht ausgeschlossen.

In ähnlichen Gedanken bewegt sich offenbar Sauer²⁷⁾. Ausdrücklich nimmt er hierzu allerdings keine Stellung.

Wohl am eingehendsten hat sich mit dieser Frage Martin befaßt²⁸⁾. Er kommt für die einzelnen Gestaltungsrechte zu verschiedenen Ergebnissen²⁹⁾. Aller-

Forts. von Seite -20-

17) Hellwig System I § 231 IV 2, § 234 II. Unklar § 234 V 1a.

18) Nikisch Lehrbuch § 106 III 3, § 107 I 2.

19) Oben § 2 Fußnoten 37 f.

20) Rosenberg-Schwab § 156 I. Vgl. aber noch Schwab ZZP 75, 256 und Streitgegenstand S. 163.

Vgl. für die Vollstreckungsgegenklage auch Rosenberg Lehrbuch § 183 III 2a.

21) Pagenstecher Eventualaufrechnung S. 48, 70 ff.

22) Schultz JW 1930, 564.

23) Blomeyer § 90 II. Er will allerdings die Aufrechnung ausschließen (§ 90 II 2a, III 2). Vgl. auch oben § 3 Fußnote 33.

24) Reichel S. 25 ff für Anfechtung, S. 32 für die Aufrechnung, S. 55 für die Wandlung; vgl. oben § 2 Fußnote 49.

25) Zeuner Rechtskraft S. 102 ff, 108.

26) Zeuner aaO S. 105.

27) Sauer Grundlagen § 16 III 1e.

28) Anton Martin, Die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils, insbesondere der Gebrauch von Gestaltungsmöglichkeiten nach einem Prozeß, Diss. München 1965.

29) Martin § 22.

dings läßt auch diese Untersuchung noch einige Fragen offen³⁰⁾.

Eine erschöpfende Beantwortung hat das Problem der zeitlichen Rechtskraftgrenzen in bezug auf die Gestaltungsrechte noch nicht erfahren.

Die einzige einschlägige Stellungnahme der Rechtsprechung zu diesem Problem ist ein Urteil des BGH aus dem Jahre 1962³¹⁾. Der BGH bejaht darin die Erneuerungsfähigkeit einer Klage aufgrund einer neu eingetretenen Tatsache³²⁾, erkennt jedoch den nachfolgenden, aber schon vorher möglichen Vollzug einer Gestaltung nicht als derartige Tatsache an, ohne dies näher zu begründen³³⁾.

Im schweizerischen Recht vertritt man bei der dort gleichfalls strittigen Frage einen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens³⁴⁾, desgleichen im österreichischen Rechte³⁵⁾.

Das Problem eines solchen Ausschlusses bedarf daher noch einer eingehenden Untersuchung.

§ 5 Die Ausschlußwirkungen der rechtskräftigen Sachentscheidung im einzelnen

Oben¹⁾ wurde schon dargelegt, innerhalb welchen Rahmens eine rechtskräftige Entscheidung Ausschlußwirkungen für ein nachfolgendes Verfahren haben kann. Es bleibt noch zu prüfen, in welchem Umfang und aus welchen dogmatischen und praktischen Gründen Parteibehauptungen für den späteren Prozeß im einzelnen ausgeschlossen sind. Insbesondere ist umstritten und bedarf daher einer Untersuchung, ob ein solcher Ausschluß allein eine Folge der materiellen Rechtskraft ist oder ob und wie weit man daneben auch von einer (rechtskraftfremden) Präklusion sprechen kann²⁾.

Durch die Zuordnung des Gestaltungsvorbringens zu diesem Ausschlußsystem werden sich dann Anhaltspunkte für die Beantwortung der vorliegenden Fragestellung finden lassen.

30) So bleibt dort die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens ungeprüft und wird der Gedanke der Verwirkung nur gestreift (Martin S. 72). Auch kann den dort gefundenen Ergebnissen nicht immer gefolgt werden, wie bei der Frage nach der subjektiven oder objektiven Abgrenzung eines Ausschlusses (Martin S. 103 ff., vgl. unten § 9).

31) BGH ZZP 75, 253 mit Anm. von Schwab.

32) Ebenso entscheidet die sonstige Rechtsprechung, vgl. RGZ 144, 222 und unten § 5 Fußnote 17.

33) Auf diese Entscheidung wird unten § 6 zu Fußnote 72 näher eingegangen.

34) Guldener § 35 Fußnote 54 (vgl. im übrigen oben § 2 Fußnote 96).

35) Stagel-Michelmayr § 411 Anm. H1 (richtig verstanden in Verbindung mit der Rspr des Österr. OGH zur Vollstreckungsgegenklage, vgl. oben § 2 Fußnote 80); Fasching § 411 Anm. 42.

1) Oben § 3 I 1.

2) Vgl. zu diesem Problem Schwab Streitgegenstand S. 158 f..

Die Ausschlußwirkungen eines rechtskräftigen Prozeßurteils haben für die vorliegende Untersuchung keine Bedeutung, weil sie sich nicht auf Elemente der Klagbegründung, also auch nicht auf das Gestaltungsvorbringen, beziehen können³⁾. Wird eine Klage zugleich als unzulässig und unbegründet abgewiesen, so erwächst die Entscheidung hinsichtlich des letzteren nicht in Rechtskraft⁴⁾. Das Prozeßurteil kann daher hier unberücksichtigt bleiben. Gegenstand der Untersuchung ist allein die Sachentscheidung.

Eine Partei kann zur Begründung ihrer Anträge Behauptungen tatsächlichen oder rechtlichen Inhalts aufstellen. Der erstere Fall ist gegeben, wenn sie etwa die Tatsache der Annahme einer Vertragsofferte vorbringt, der letztere, wenn sie geltend macht, aus dem dadurch zustande gekommenen Vertragsschluß bestimmte Recht ableiten zu können⁵⁾.

Eine Rechtsfolge entsteht, wenn alle für sie tatbestandserheblichen Tatsachen eingetreten sind. Eine Rechtsbehauptung beinhaltet daher stets auch die Behauptung der ihr zugrundeliegenden tatsächlichen Ereignisse. Dürfen diese infolge eines Ausschlusses im Prozeß nicht mehr vorgebracht werden, so ist logischerweise auch die daran geknüpfte Rechtsbehauptung unzulässig. Umgekehrt ergibt sich aus der Zulässigkeit der betreffenden Tatsachenbehauptung immer auch die Zulässigkeit der darauf beruhenden Rechtsausführung⁶⁾. Für die Frage nach dem prozessualen Ausschluß der Parteibehauptungen kann sich die Untersuchung daher auf das Tatsachenvorbringen beschränken⁷⁾.

Bei den Tatsachen, die zur Begründung eines Sachantrags innerhalb des oben § 3 I 1 genannten Rahmens vorgebracht werden können, lassen sich hinsichtlich eines solchen Ausschlusses drei Gruppen unterscheiden.

Zunächst sind diejenigen Ereignisse zu nennen, die die Partei zulässigerweise schon im Vorprozeß dem Gericht vorgetragen hat und welche daher zum konkreten Prozeßstoff gehörten.

3) Rosenberg-Schwab § 134 I 2c.

4) Rosenberg-Schwab § 97 V 1; RGZ 154, 18; RG HRR 1937, 751.

5) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 256 Anm. 2 D.

6) Vgl. Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 62 VI.

7) Das wird sonst nirgendwo ausdrücklich ausgesprochen, aber überall so gehandhabt. Vgl. etwa Schwab Streitgegenstand S. 148 ff, 158; Habscheid Streitgegenstand S. 282; Zeuner Rechtskraft S. 94 ff. So genügt es auch, wenn eine Partei zur Begründung eines Antrags überhaupt nur die tatbestandserheblichen Tatsachen vorträgt, ohne die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen zu ziehen; dies obliegt dem Gericht, vgl. Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 43 III, Rosenberg-Schwab § 96 III 3; "da mihi factum, dabo tibi ius" (RGZ 126, 29).

Das Gesetz stellt in manchen Fällen zur zeitlichen Abgrenzung des Parteihandlungsausschlusses selbst ausdrücklich auf den Zeitpunkt der Entstehung nicht der Rechtsfolge, sondern ihres 'Grunds' ab, wie zB in §§ 323 II, 767 II ZPO. Dieser 'Grund' ist aber nichts anderes als der Inbegriff der für die (Forts. n. S.)

Davon zu trennen sind Vorgänge, die ebenfalls schon vor dem für die Erstentscheidung maßgeblichen Zeitpunkt⁸⁾ bestanden haben, von der Partei aber entweder nicht in den Prozeß eingeführt worden sind oder zwar vorgetragen, vom Gericht aber etwa nach §§ 279, 529 II, III, V ZPO zurückgewiesen worden sind⁹⁾.

All diese Tatsachen bezeichnet man zweckmäßigerweise als "alte"¹⁰⁾.

Eine dritte Gruppe schließlich bilden die "neuen" Tatsachen¹¹⁾, nämlich solche, die erst nach dem prozessual maßgeblichen Zeitpunkt eingetreten sind. Hierbei ist allerdings zu beachten, daß Tatsachen dieser Art für eine Antragsbegründung nur dann erheblich sein können, wenn sie sich auf den Tatbestand der betreffenden behaupteten Rechtsfolge beziehen. Die nachträgliche Kenntniserlangung einer Partei von einem Angriffs- oder Verteidigungsmittel ist zum Beispiel insofern irrelevant¹²⁾. Ist eine Klage wegen mangelnder Fälligkeit abgewiesen worden, so ist der Zeitablauf beachtlich. Dies ist dagegen wiederum nicht der Fall, wenn das geltend gemachte Recht nicht entstanden, wieder erloschen oder etwa verjährt ist¹³⁾.

Die Abgrenzung eines Ausschlusses von alten und neuen Tatsachen ist eine Frage der zeitlichen Grenzen einer rechtskräftigen Entscheidung, die Abgrenzung der Unzulässigkeit innerhalb der alten Tatsachen dagegen eine Frage der objektiven Grenzen¹⁴⁾.

Fortsetzung von S. -23-

- 7) Rechtsfolge tatbestandserheblichen Tatsachen (für die Einrede im Sinne der ZPO: Baumbach-Schwab S. 204, Thomas-Putzo § 767 Anm. 6e; Baumbach-Lauterbach § 767 Anm. 4B; vgl. unten § 6 zu Fußnoten 25 ff). Das Prozeßrecht verweist also insoweit auf einen materiellrechtlichen Tatbestand, der die Lücke in der verfahrensrechtlichen Norm ausfüllt (Baumgarten Prozeßhandlung S. 238). Diese Norm wird aber dadurch nicht etwa selbst zur materiellrechtlichen (Sauer Prozeßrechtslehre § 4 II 1, Schiedermair S. 33, 39).
- 8) Dieser ergibt sich aus § 767 II ZPO (vgl. oben § 3 II). Er ist in der Regel die letzte mündliche Tatsachenverhandlung. Für Behauptungen nach einem Revisionsverfahren, also etwa im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage, ist die letzte Tatsachenverhandlung des Berufungsverfahrens maßgeblich, vgl. § 561 ZPO. Einen genauen Überblick über die zeitlichen Bezugspunkte gibt Planck ZPO S. 696 f. Vgl. auch unten § 15 zu Fußnote 27.
- 9) Über solche aus prozessualen Gründen zurückgewiesenen Behauptungen wird sachlich nicht verhandelt, so daß auch sie insofern nicht als vorgebracht gelten, vgl. unten Fußnote 78.
- 10) Vgl. Zeuner Rechtskraft S. 34.
- 11) Vgl. Zeuner Rechtskraft S. 34.
- 12) Eine Ausnahme bildet § 407 I BGB, in dem die Kenntniserlangung von der Abtretung als Tatbestandsmerkmal enthalten ist. Vgl. hierzu unten § 9 zu Fußnote 18.
- 13) Vgl. zB Baumbach-Lauterbach § 322 Anm. 4; Hellwig System I § 231 III 2, Klagerecht S. 139 ff; Wieczorek Kommentar § 322 Anm. B I b 2; Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. IV 1, VIII 4; Jauernig JZ 1955, 235; Rosenberg-Schwab § 134 III 2.
Zur Frage, wie weit eine Gestaltungsvollzugserklärung eine 'neue' Tatsache ist, siehe unten § 6 I.

(Forts. s. n. S.)

1) Der Ausschluß von Tatsachen der ersten und der dritten Gruppe

Tatsachen der ersten Gruppe sind für den nachfolgenden Prozeß ausgeschlossen, und zwar durch die materielle Rechtskraft. Das ergibt sich aus § 322 I ZPO und ist unbestritten¹⁵⁾. Dies gilt allerdings nur, wenn im vorausgehenden Verfahren die Möglichkeit zur prozessualen Geltendmachung der betreffenden Tatsachen bestand¹⁶⁾.

Zur dritten Gruppe gehörende Ereignisse dagegen sind unbeschränkt zugelassen¹⁷⁾. Die richterliche Entscheidung kann nie die Feststellung enthalten, daß sich die zunächst erkannte Tatsachen- und Rechtslage nicht nachfolgend ändern könnte. Dies ist gleichfalls unbestritten¹⁸⁾. Insbesondere hat der BGH ausdrücklich die Erneuerungsfähigkeit einer Klage aufgrund solcher Tatsachen hervorgehoben¹⁹⁾. Dies gelte auch, wenn die betreffende Partei die genannte Tatsache schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt hätte herbeiführen können²⁰⁾.

Fortsetzung von S. -24-

14) Vgl. Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 63 II, V. Für die Auffassung Zeuners vgl. oben § 4 zu Fußnoten 25 f.

15) Statt vieler: RGZ 144, 222 mit weiteren Nachweisen (aaO Fußnote 1); Oertmann Aufrechnung S. 108; Schwab Streitgegenstand S. 158; Zeuner Rechtskraft S. 98.

16) BGH NJW 1963, 538 mit zustimmender Anmerkung von Nirk. Hier war vom Schiedsgericht abgelehnt worden, über eine Einrede des Beklagten zu verhandeln, weil es dafür nicht zuständig sei. Der BGH hat diese Einrede im darauffolgenden Vollstreckbarkeitsverfahren vor dem staatlichen Gericht zugelassen. Im normalen, beim Amtsgericht oder Landgericht beginnenden Instanzenzug wird dieser Fall nur bei der Revisionsverhandlung eintreten können, da im vorausgehenden Prozeß stets die Möglichkeit zur Geltendmachung der Tatsache gegeben ist. Auch wenn sie vom Gericht etwa nach §§ 279, 529 II, III, V ZPO zurückgewiesen wird, hätte die Möglichkeit einer (rechtzeitigen) Geltendmachung bestanden. Das Vorbringen solcher zurückgewiesenen Behauptungen in einem späteren Verfahren ist unbestritten unzulässig (unten § 8 A I 3).

Man vergleiche auch § 274 III ZPO, dem derselbe Gedanke zugrundeliegt. Vgl. auch Habscheid ZZZ 76, 379 f.

17) So zB RG HRR 1935 Nr. 691; BGH ZZZ 75, 253; Schwab Streitgegenstand S. 163, 167; ZZZ 75, 256; Habscheid Streitgegenstand S. 291; Rosenberg-Schwab § 156 I; Rosenberg SJZ 1950, 313 ff; Hellwig System I § 234 II; Wieczorek Kommentar § 322 Anm. E IV a 2; Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. IX Abs. 2; Seuffert-Walsmann § 322 Anm. 6; RGZ 110, 149.

Im Ergebnis so auch Zeuner Rechtskraft S. 107 (vgl. hierzu oben § 4 zu Fußnoten 25 f).

18) Besonders nachdrücklich in diesem Sinne: Schwab Streitgegenstand S. 158; Zeuner Rechtskraft S. 106 f. Ferner: Pagenstecher Eventualaufrechnung S. 70 ff; Schuler NJW 1956, 1497; RG HRR 1935 Nr. 1246; RGZ 144, 222; Schwartz S. 52.

19) BGH ZZZ 75, 253.

20) Näheres zu dieser Entscheidung unten § 6 zu Fußnote 72.

II) Der Ausschluß von Tatsachen der zweiten Gruppe

Bei den Tatsachen der zweiten Gruppe ist eine weitere Unterscheidung von Bedeutung. Hier ist zu differenzieren zwischen solchen Tatsachen die mit dem konkreten Prozeßstoff des ersten Verfahrens in Zusammenhang stehen, und solchen, bei denen dieser Zusammenhang fehlt. Die ersteren sind nach allgemeiner Meinung immer für den nachfolgenden Prozeß ausgeschlossen, die letzteren nur in den Sonderfällen der § 616, 767 III ZPO, 54 PatG²¹⁾. Insbesondere Schwab hat nachgewiesen, daß man de lege lata allgemein nur alte mit dem Prozeßstoff zusammenhängende Tatsachen ausschließen darf, wenn man einerseits die Maßgeblichkeit der Entscheidung sichern, andererseits die Sonderstellung der genannten Vorschriften nicht ins Gegenteil verkehren will²²⁾.

1) Zur Abgrenzung von Tatsachen, die mit dem Prozeßstoff zusammenhängen, zu nicht im Zusammenhang stehenden Tatsachen

Über die Abgrenzung dieser beiden Komplexe im einzelnen gehen allerdings die Meinungen auseinander. Schwab stellt auf die Elemente des vorausgehenden Urteils ab²³⁾. Er rechnet zu den mit dem Prozeßstoff zusammenhängenden Ereignissen alle Tatsachen, die zu einer "abweichenden Darstellung des Prozeßstoffs der ersten Entscheidung" führen sollen²⁴⁾, und alle Rechtsausführungen, die eine abweichende rechtliche Würdigung dieses (gleichbleibenden) Prozeßstoffs zum Ziele haben²⁵⁾. All diese Behauptungen seien ausgeschlossen, weil sie gegen die bindende Feststellung der Elemente der ersten Entscheidung verstießen²⁶⁾. Ist etwa ein Kläger mit einer auf Kaufvertrag gegründeten Klage auf Zahlung von 1.000 DM mit der Feststellung abgewiesen worden, daß dieser Vertrag nicht bestehe, so bilde diese Feststellung ein Element des Urteils, und die Behauptung all der Tatsachen sei ausgeschlossen, aus denen sich dennoch das Bestehen eines solchen Vertrags ergeben soll. Mit dem Vorbringen, die Ware sei auch verbraucht worden, kann der Kläger nach

21) RG ZP 59, 226; RGZ 96, 21; 107, 19; 117, 66, 68; JW 1916, 831; GruchBeitr 48, 1150 f; Schwab Streitgegenstand S. 158 ff, 172 ff mit Beispielen für die verschiedenen Klagarten; Habscheid AcP 152, 169 ff; Rosenberg-Schwab § 156 II 1, 1; Rosenberg SJZ 1950, 313 ff; Nikisch Streitgegenstand S. 139; Lehrbuch § 107 I; Hellwig Rechtskraft S. 12 Fußnote 29; Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. VIII; Baumbach-Lauterbach Anm. 3B vor § 322; Falkmann-Mugdan S. 393 ff; Schultz JW 1930, 564; Schuler NJW 1956, 1497 ff.

22) Schwab Streitgegenstand S. 164 f; Rosenberg-Schwab § 156 II 1.

23) Schwab aaO S. 146 f, 167 ff.

24) Auch die daran geknüpften Rechtsausführungen wären logischerweise unzulässig, oben zu Fußnote 6.

25) Auch die solchen Rechtsbehauptungen zugrundeliegenden Tatsachenbehauptungen wären ausgeschlossen, weil sie zur oben genannten ersten Gruppe gehören, vgl. oben zu Fußnote 6.

der Auffassung Schwabs sein Zahlungsbegehren dagegen wiederholen²⁷⁾.

Habscheid grenzt nach dem der Klage zugrundeliegenden "Lebenssachverhalt" ab. Darunter versteht er "alle Tatsachen, aus denen der Streit entspringt"²⁸⁾. In diesem Sinne ist wohl auch der BGH zu verstehen²⁹⁾. Nach dieser Auffassung wäre in dem genannten Beispiel der Kläger mit der Behauptung, die Ware sei verbraucht worden, im nachfolgenden Prozeß gleichfalls ausgeschlossen³⁰⁾.

Ähnlicher Meinung ist Nikisch³¹⁾, der auf den "historischen Lebensvorgang" abstellt. Henckel spricht von den Tatsachen, die zur Begründung des behaupteten identischen materiellen Rechts dienen können³²⁾, Bötticher vom "Entscheidungsbereich" des Urteils³³⁾. Zeuner hält den "rechtlichen Sinngehalt", die "rechtliche Tendenz der Entscheidung" für maßgeblich³⁴⁾.

Eine Klage auf Auflösung einer Gesellschaft, die zunächst mit grob fahrlässiger Pflichtverletzung eines Gesellschafters begründet, mangels einer solchen Verletzung aber rechtskräftig abgewiesen worden ist, kann nach der Lehre aller Autoren mit dem Hinweis auf eine unheilbare schwere Krankheit desselben Gesellschafters wiederholt werden (§§ 131 Ziff. 6, 133 II HGB).

Die unterschiedliche Betrachtungsweise der genannten Autoren erklärt sich aus deren verschiedener Auffassung vom Begriff des Streitgegenstands³⁵⁾. Nur für Zeuner spielt dieser insofern keine Rolle³⁶⁾.

In der vorliegenden Untersuchung sind Gestaltungsrechte zu behandeln, deren Ausübung die im ersten Prozeß geltend gemacht und sachlich positiv oder negativ festgestellte materielle Rechtsfolge berührt³⁷⁾. Werden diese Gestaltungen schon vor dem prozessual maßgeblichen Zeitpunkt vollzogen, so führen sie daher stets zu einer von dieser Feststellung abweichenden Entscheidung, wobei es keine Rolle spielt, ob die Feststellung dafür nur präjudizielle Bedeutung

Fortsetzung von S. -26-

26) Schwab aaO S. 158 ff, 167.

27) Schwab aaO S. 153 f.

28) Habscheid Streitgegenstand S. 291f, 295.

29) BGH ZZP 75, 253, der von Tatsachen spricht, die einen anderen, selbständigen, vom rechtskräftigen Urteil nicht erfaßten Lebensvorgang schaffen. Vgl. auch BGH LM § 48 I EheG Nr. 1 Buchst. b; RGZ 43, 42.

30) Vgl. Habscheid aaO S. 296.

31) Nikisch Streitgegenstand S. 132 f.

32) Henckel Streitgegenstand S. 302, insbesondere Fußnote 188.

33) Bötticher Rechtskraft S. 182. Man beachte aber Böttichers besondere Auffassung vom Streitgegenstand im Eheprozeß, unten Fußnote 69.

34) Zeuner Rechtskraft S. 96, 98, 115. Vgl. auch oben § 4 zu Fußnoten 25 f.

35) Vgl. Schwab Streitgegenstand S. 159, 172, 199; ZZP 65, 111 f; JuS 1965, 81 ff; Henckel Streitgegenstand S 277, 283, 287; Habscheid Streitgegenstand § 15.

36) Zeuner Rechtskraft S. 175; vgl. oben § 3 zu Fußnote 13, § 4 zu Fußnoten 25 f.

37) Oben § 3 I 2.

hat oder unmittelbar angegriffen wird³⁸⁾. In jedem Falle muß eine solche Gestaltung zu einer abweichenden Feststellung des Sachverhalts führen³⁹⁾.

Nach allen genannten Theorien zur Abgrenzung zwischen den mit dem Prozeßstoff zusammenhängenden und den damit nicht zusammenhängenden Tatsachen gehören diese Gestaltungen zu den ersteren⁴⁰⁾. Das wird auch sonst überall vertreten⁴¹⁾.

Die Frage dieser Abgrenzung kann daher hier dahingestellt bleiben.

2) Die dogmatische Begründung eines Ausschlusses der Tatsachen der zweiten Gruppe

Von Bedeutung dagegen ist die dogmatische Begründung eines Ausschlusses der nicht vorgebrachten Tatsachen. Hier ist es fraglich und umstritten, ob ein solcher Ausschluß und auch der durch die §§ 616, 767 III ZPO, 54 PatG für besondere Fälle angeordnete eine Folge der Rechtskraft oder einer davon zu trennenden "rechtskraftfremden" Präklusionswirkung ist. Auszugehen ist vom Wesen der richterlichen Entscheidung⁴²⁾. Sie ergeht über den prozessualen Anspruch, § 322 I ZPO, aufgrund des dem Gericht vorliegenden Prozeßstoffs, der im Normalfall von den Parteien vorgetragen und nur im Ausnahmefall des Untersuchungsgrundsatzes vom Gericht selbst ermittelt wird⁴³⁾. Diese Entscheidung kann nicht weiter gehen, als der Prozeßstoff reicht. Das Gericht kann über den Streitgegenstand nur aufgrund der ihm bekannten Dinge befinden⁴⁴⁾. Ihm unbekannte Tatsachen bleiben außerhalb des zu würdigenden Sachverhalts. Über sie kann auch nicht implizit entschieden werden⁴⁵⁾. Ein Ausschluß von nicht vorgetragenen Tatsachen kann also nicht damit begründet werden, daß über sie schon entschieden sei⁴⁶⁾.

38) Vgl. für das Verhältnis von Vollstreckungsgegenklage und vorausgehender Verurteilungsklage oben § 3 I 2.

39) Schwab aaO S. 168 f; vgl. oben zu Fußnote 24.

40) Die Frage, wie weit der in den §§ 616, 767 III ZPO, 54 PatG für besondere Fälle ausgesprochene Ausschluß von mit dem Streitstoff zusammenhängenden Tatsachen auf alle Tatsachen dieser Art ausgedehnt werden soll (oben zu Fußnote 22, vgl. dazu Schwab aaO S. 163 ff), spielt daher für die vorliegende Untersuchung insoweit keine Rolle.

41) Vgl. etwa RG JW 1913, 929; Blomeyer § 90 IV vor 1; Wieczorek Kommentar § 322 Anm. E IV a1; Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. VIII 3 mit weiteren Nachweisen (Fußnote 133); Rosenberg-Schwab § 156 I.

42) Vgl. Schwab Streitgegenstand S. 161.

43) Rosenberg-Schwab § 78 III 1 (zB § 653 ZPO).

44) Darauf weisen ausdrücklich auch Habscheid Streitgegenstand S. 290 und Oertmann AcP 109, 270 hin.

45) Was Böttcher Eheprozeß S. 95 vertritt. Vgl. hierzu Schwab aaO S. 162. Man vergleiche auch den Fall einer rechtskräftigen Feststellung des Bestehens der Ehe nach § 256 ZPO. Hierdurch wird eine nachfolgende Nichtigkeits- oder Aufhebungsklage nicht ausgeschlossen, Pagenstecher (Forts. n. S.)

Darauf stellt Habscheid ab. Nach seiner Lehre beschränkt sich die Wirkung der materiellen Rechtskraft auf den Ausschluß der zum konkreten Prozeßstoff gewordenen Tatsachen. Das Verbot des Vorbringens der nicht vorgetragenen, mit dem Streitstoff zusammenhängenden Tatsachen betrachtet er als eine Folge der von der materiellen Rechtskraft zu trennenden Präklusionswirkung des Urteils⁴⁷⁾. Beides sieht er, im Anschluß an Rosenberg⁴⁸⁾, als Ausfluß der formellen Rechtskraft des Urteils an⁴⁹⁾ und als "Schwesterprinzipien des Zivilprozeßrechts"⁵⁰⁾.

Nun ist aber der Umfang der Rechtskraft nicht identisch mit der reinen Entscheidungswirkung des Urteils, also der Wirkung auf Ereignisse, die vorgetragen wurden, und die damit zum konkreten Prozeßstoff und zur Grundlage der Entscheidung geworden sind. Die Rechtskraft geht weiter⁵¹⁾. Ihre Grenzen bestimmen sich nach dem Umfang des Streitgegenstands, § 322 I ZPO.⁵²⁾ Dieser ist nicht dadurch beschränkbar, daß die Partei im Prozeß auf den Vortrag bestimmter Tatsachen verzichtet⁵³⁾. Gerade Habscheid lehrt⁵⁴⁾, daß der Streitgegenstand außer dem Antrag auch den gesamten Lebenssachverhalt umfasse, also auch die mit dem prozessualen Begehren des Klägers im Zusammenhang stehenden nicht vorgebrachten Tatsachen⁵⁵⁾.

Die Anhänger der Individualisierungstheorien⁵⁶⁾ definieren den Streitgegenstand als das konkrete Rechtsverhältnis, das der Kläger zum Gegenstand des Prozesses macht. Die Vertreter der Substantiierungstheorie sehen im Streitgegenstand die "Summe der Tatsachen, die rechtlich geeignet und erforderlich sind, um den Schluß auf die Begründetheit des Klagantrags zu rechtfertigen"⁵⁷⁾. In beiden Fällen erfaßt die Entscheidung folgerichtig auch die nicht vorgebrachten Tatsachen, soweit sie zum Klagegrund im genannten Sinne gehören⁵⁸⁾.

Fortsetzung von S. -28-

45) Eventualaufrechnung S. 71. Ähnliches gilt für das Zwischenurteil nach § 304 ZPO, RG JW 1913, 1589.

46) So besonders ausdrücklich Schwab aaO S. 162.

47) Habscheid Streitgegenstand § 20, insbes. S. 284 ff, 291, 296. Vgl. auch Habscheid AcP 152, 169 ff; Heimtrennungsklage S. 22 ff, 26.

48) Rosenberg SJZ 1950, 313 f.

49) Habscheid AcP 152, 171; Heimtrennungsklage S. 27.

50) Habscheid Heimtrennungsklage S. 26.

51) Vgl. Henckel Streitgegenstand S. 284.

52) Schwab Streitgegenstand § 14, insbes. S. 154, 159, 172, 199; ZZP 65, 11 f; JuS 1965, 81 ff; Habscheid Streitgegenstand § 15; Schönke-Schröder-Niese § 73 IV; Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 63 II; Rosenberg-Schwab § 154 I 1. Die oben § 3 zu Fußnote 16 genannte Erweiterung der Rechtskraftwirkung spielt hier keine Rolle.

53) Rosenberg-Schwab § 96 III 3.

54) Habscheid Streitgegenstand S. 221 f; unten Fußnote 58.

55) Vgl. oben Fußnoten 28 ff.

56) Hellwig Lehrbuch III/1 S. 15, I S. 189 ff; Klagerecht S. 158 ff; Seuffert-Walsmann § 253 Anm. 4 A IV; Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 39 II 3c.

Daraus ergibt sich, daß der Ausschluß auch der nicht vorgetragenen tatsächlichen Ereignisse, soweit ein Zusammenhang mit dem Prozeßstoff gegeben ist, eine Folge der materiellen Rechtskraft sein muß.

Am entschiedensten hat dies Schwab ausgesprochen⁵⁹⁾. Er bezieht in den Begriff des Streitgegenstands zwar das dem prozessualen Anspruch zugrundeliegende Sach- und Rechtsverhältnis nicht mit ein⁶⁰⁾. Doch auch nach seiner Lehre erstreckt sich die Wirkung der Rechtskraft auf alle mit dem Prozeßstoff zusammenhängenden Tatsachen, auch wenn sie nicht vorgetragen wurden. Für eine rechtskraftfremde Präklusion sei hier kein Raum⁶¹⁾.

Die gleiche Ansicht vertreten Bötticher⁶²⁾, Nikisch⁶³⁾, Henckel⁶⁴⁾ und andere⁶⁵⁾.

Die mit dem Streitstoff des Vorprozesses nicht zusammenhängenden Ereignisse dagegen stehen in jedem Falle außerhalb der Entscheidung. Ihr Ausschluß, wie er in den §§ 616, 767 III ZPO, 54 PatG ausgesprochen ist, kann dagegen keine Folge der Rechtskraft sein. Dies muß man als rechtskraftfremde Präklusion bezeichnen. Das ist überwiegende Meinung⁶⁶⁾.

Ob man das in § 616 ZPO ausgesprochene darüberhinausgehende Verbot von Tatsachenbehauptungen auch für Klagen im Eheprozeß, die mit dem jeweils vorausgehenden Verfahren nicht in der oben § 3 I 1 genannten Beziehung stehen, mit der herrschenden Meinung⁶⁷⁾ als Folge der Präklusion oder aber mit Bötticher⁶⁸⁾ als Rechtskraftwirkung ansieht, hängt von der Definition des Streitgegenstands im Eheprozeß ab⁶⁹⁾. Da die hier zu behandelnden Gestaltungen nie zur Begründung einer Klage im Eheprozeß dienen können, spielt die genannte erweiternde Regelung des § 616 ZPO für die vorliegende Untersuchung keine Rolle und kann diese Frage daher dahingestellt bleiben.

Fortsetzung von S. -29-

57) Baumbach-Lauterbach § 253 Anm. 4B; RGZ 27, 385.

58) Darauf weist Habscheid AcP 152, 171 und Heimtrennungsklage S. 24 f hin.

59) Schwab Streitgegenstand S. 169, 170.

60) Oben zu Fußnoten 23 ff, auch Streitgegenstand S. 183.

61) Oben zu Fußnote 24.

62) Bötticher FamRZ 1957, 409 ff, Eheprozeß S. 95. Siehe hierzu oben Fußnote 33.

63) Nikisch Streitgegenstand S. 139, AcP 156, 76 f.

64) Henckel Streitgegenstand S. 303.

65) Seuffert-Walsmann § 322 Anm. 6; Hellwig Rechtskraft S. 12 Fußnote 29; Martin S. 40. So offensichtlich auch (ohne Begründung) RGZ 144, 220, RGZP 59, 424 ff; RGZ 72, 145 f.

66) RGZ 159, 182; 164, 305; Pagenstecher JW 1931, 3529 f; Rosenberg SJZ 1950, 313 f; Rosenberg-Schwab § 156 I; Schwab Streitgegenstand S. 162, 167, 170; Bettermann § 17 Anm. 2, Anm. 73a vor § 2; Henckel Streitgegenstand S. 303; Hellwig-Oertmann System II § 246 I 1aß. Für § 767 III ZPO ebenso Mohrbuter A II 3 Ziff. 10. AA Martin S. 51.

Soweit diese Vorschriften auch die Behauptung von mit dem Prozeßstoff im Zusammenhang stehenden Tatsachen ausschließen, wiederholen sie nur

(Forts. n. S.)

III) Der Eintritt des Ausschlusses

Der rechtskraftbedingte Ausschluß tritt unabhängig davon ein, ob die in der rechtskräftigen Entscheidung festgestellte Rechtsfolge unmittelbar oder nur als Vorfrage erneut zur Verhandlung kommt⁷⁰⁾.

IV) Die Relativität des Ausschlusses

Der Ausschluß einer Tatsachenbehauptung kann nur jeweils konkret in Verbindung mit einem bestimmten Antrag festgestellt werden. Von keiner Behauptung dieser Art steht schon allein aufgrund ihres Inhalts fest, daß sie in allen möglichen nachfolgenden Prozessen unzulässig wäre. Sie kann zur Begründung des einen Antrags, also relativ in bezug auf diesen, zulässig, in Verbindung mit einem anderen dagegen zugleich ausgeschlossen sein. Ist etwa ein eingeklagter Anspruch vor der letzten Tatsachenverhandlung erfüllt worden, ohne daß dies im Prozeß geltend gemacht wird, und wird vollstreckt, so kann der Schuldner nicht nachfolgend noch eine Rückgewährsklage mit der Berufung auf die schon zuvor erbrachte Leistung begründen⁷¹⁾. Zugleich kann er aber mit der Erfüllung etwa eine Klage aus § 985 BGB begründen, mit dem Hinweis, daß der Eigentumsübergang gemäß § 455 BGB erfolgt sei.

Fortsetzung von S. -30-

- 66) das von der Rechtskraft sowieso Angeordnete, Schwab Streitgegenstand S. 171; Hellwig-Oertmann System II § 246 III 1b; Habscheid AcP 152, 174.
- 67) So etwa Schwab aaO S. 170; Habscheid Streitgegenstand S. 299; Rosenberg SJZ 1950, 313, 318; Rosenberg-Schwab § 167 III 6c.
- 68) Böttcher Eheprozeß S. 90, 91, 95 (allerdings unklar).
- 69) Definiert man den Streitgegenstand im Eheprozeß als Aufhebungs- oder als Scheidungsbegehren (vgl. Rosenberg-Schwab § 167 III 6a), so muß man sich für die Präklusion entscheiden. Versteht man ihm dagegen "global", im Sinne einer Auflösbarkeit der Ehe schlechthin, so ist der Ausschluß eine Wirkung der Rechtskraft (die wegen des subjektiven Elements in § 616 ZPO als "eingeschränkt" bezeichnet wird, Böttcher Eheprozeß S. 92). Vgl. hierzu Schwab aaO S. 67 f.
- 70) Anträge sind dagegen nach hM nur im ersten Falle zulässig. Das besagt die sogenannte "ne-bis-in-idem-Lehre" (oben § 3 Fußnote 6). Im letzteren Falle sind sie zulässig, und wenn die begründenden Tatsachenbehauptungen ausgeschlossen sind, allenfalls unbegründet; RG JW 1893, 134; Rosenberg-Schwab § 156 I; Rosenberg SJZ 1950, 318; Stein-Jonas-(Schönke-)Pohle § 322 Anm. VIII 5, § 616 Anm. III; Bettermann § 17 Anm. 59; Hellwig-Oertmann System II S. 31.
- Für die Sonderfälle der §§ 616, 767 III ZPO, 54 PatG vertreten Habscheid (Streitgegenstand § 20 IV 5) und Nikisch (AcP 154, 294) die Auffassung, die Unzulässigkeit des klagebegründenden Vorbringens sei dort in jedem Falle als besonderes Prozeßhindernis anzusehen, das zur Unzulässigkeit schon der Klage selbst führe, auch wenn die im Ersturteils festgestellte Rechtsfolge nur präjudizielle Bedeutung hat. Es sei unangebracht, eine Klage als 'unbegründet' abzuweisen. Wie im Text, gegen Habscheid, die oben zitiert hM.
- Anträge, die sich auf neue Tatsachen stützen, sind unbeschränkt zulässig (BGH ZZP 75, 253; Schwab Streitgegenstand S. 158). (Forts. n. S.)

Das gleiche gilt für die Geltendmachung eines Gegenrechts gegenüber der rechtskräftig festgestellten Rechtsfolge. Die Partei darf keine Tatsachen mehr vorbringen, die einen unmittelbar oder mittelbar gegen diese Feststellung gerichteten Antrag begründen⁷²⁾. Insofern ist auch das Vorbringen von (alten) Einreden ausgeschlossen. Eine Klage, mit der eine solche Einrede selbständig geltend gemacht werden soll, richtet sich dagegen nicht gegen die rechtskräftige Feststellung in ihrem maßgeblichen Teil, sondern berührt nur deren Begründung, die nicht in Rechtskraft erwächst⁷³⁾. Werden die genannten Einreden mit dieser Klage vorgebracht, so liegen sie außerhalb des oben § 3 I 1 bezeichneten Rahmens und sind sie unbeschränkt zulässig⁷⁴⁾.

Ein Beispiel kann das verdeutlichen. Ein Käufer erklärt seinen Rücktritt vom Vertrage, nachdem er teilweise bereits erfüllt hat. Er wird zur Restleistung verurteilt, weil der Rücktritt materiell nicht wirksam ausgeübt worden sei. Diese Begründung als solche erwächst nicht in Rechtskraft. Der Käufer kann daher mit dem Vorbringen, der Rücktritt sei doch wirksam erfolgt, uneingeschränkt auf Rückerstattung der ersten Teilleistung klagen. Dieses Vorbringen berührt weder unmittelbar noch mittelbar die rechtskräftige Entscheidung des ersten Prozesses in ihrem maßgeblichen Teil. Eine Klage auf Rückerstattung der inzwischen gleichfalls erbrachten Restleistung dagegen stellt sich in Widerspruch zur Vorentscheidung und kann mit einem solchen Vorbringen nicht begründet werden⁷⁵⁾.

Fortsetzung von S. -31-

71) Er kann auch nicht das durch die Vollstreckung Geleistete zurückverlangen, Heinsheimer JW 1916, 686 in der Anm. zum entgegengesetzt entscheidenden Urteil des OLG Düsseldorf ebenda (Nr. 5). Nur formelle Gründe führt das RG WarnJahr 1921 § 767 ZPO Nr. 6 an; vgl. auch RG WarnJahrb 1911 § 767 ZPO Nr. 3. Vgl. auch Blomeyer § 90 III 1.

72) Oben § 3 I 1.

73) Oben § 3 zu Fußnote 18.

74) Das ist unbestritten. Statt vieler: RGZ 110, 149; 136, 164; 158, 150; Blomeyer § 89 VI, § 90 IV; Schwab Streitgegenstand S. 163; Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. V 2b; Zeuner Rechtskraft S. 9 mit weiteren Nachweisen, S. 98; Bernhardt § 53 III V a; vgl. oben zu Fußnote 1.

75) Blomeyer § 90 IV. Zum Problem der Rechtskraft bei Teilurteilen vgl. insbesondere Schwab Streitgegenstand S. 144 ff und Zeiss NJW 1968, 1305 ff.

Daher ist eine Entscheidung des RG (Warn Rspr 1926 Nr. 182) abzulehnen. Nach der dort vertretenen Auffassung soll ein Kläger, der eine Kündigung ohne die dazu erforderliche Zustimmung des Einigungsamts, also unwirksam, ausgesprochen hat, und dessen Klage auf Räumung daher abgewiesen worden ist, die Gestaltung nachfolgend wirksam herbeiführen und damit eine neuerliche Klage gleichen Inhalts begründen können. Hier sei ein anderer Streitgegenstand gegeben. Daß dem nicht zu folgen ist und daß die neue Klage innerhalb des oben § 3 I 1 genannten Rahmens steht, hat Zeuner (Rechtskraft S. 38f) nachgewiesen.

Dasselbe gilt für eine Klage auf Ersatz des durch eine Vollstreckung dem Schuldner entstandenen Schadens, wenn zuvor die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung durch Abweisung einer Vollstreckungsgegenklage rechtskräftig festgestellt worden ist (BGH LM § 322 ZPO Nr. 27). (Forts. n. S.)

V) Maßgeblicher Zeitpunkt für den Ausschluß im zweiten Prozeß

Maßgeblicher Zeitpunkt, ob ein Vorbringen im konkreten Falle ausgeschlossen ist, muß die letzte Tatsachenverhandlung bzw. der entsprechende Zeitpunkt⁷⁶⁾ sein⁷⁷⁾. Demnach kann ein zunächst zulässiges Vorbringen durch den nachfolgenden Eintritt der Rechtskraft der Vorentscheidung nachträglich unzulässig werden. Es darf dann für das zweite Urteil nicht mehr verwendet werden⁷⁸⁾. Die Kostenfrage entscheidet sich in diesem Falle analog § 93 ZPO⁷⁹⁾.

§ 6 Die Einordnung des Gestaltungsvorbringens

Nachdem somit die objektiven und die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft insoweit im allgemeinen feststehen, kann nunmehr die Frage eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens im besonderen geprüft werden.

Ein Gestaltungsvorbringen im Prozeß kann zwei Parteihandlungen enthalten. Einmal wird in jedem Falle behauptet, daß alle für den Eintritt der Gestaltungsfolge tatbestandserheblichen Tatsachen einschließlich des Vollzugsakts bestünden¹⁾. Zum andern kann die daran geknüpfte Rechtsbehauptung aufgestellt werden, daß aufgrund dieser Tatsachen die jeweilige Rechtsfolge eingetreten sei²⁾.

Für die Frage nach einem Ausschluß von Parteibehauptungen ist die Untersuchung auf das Tatsachenvorbringen zu beschränken, das den möglichen Rechtsausführungen zugrundeliegt und aus dessen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit sich dann jeweils die der Rechtsbehauptungen ergibt³⁾. Für das Problem eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens folgt daraus, daß nur die Zulässig-

Fortsetzung von S. -32-

75) Einem Rückforderungsbegehren aus § 812 BGB würde diese Feststellung dagegen wiederum nicht entgegenstehen.

Vgl. zum Streit um den Begriff des Streitgegenstands im Kündigungsschutzprozeß im Arbeitsrecht Zeuner MDR 1956, 257 ff, Rechtskraft S. 132 f; Böttcher Kündigungsschutzprozeß S. 183, 185 f (auch unten § 13 Fußnote 144).

Im Eheauflösungsverfahren gilt ein Ausschluß dagegen unabhängig von der Definition des Streitgegenstands, § 616 ZPO (siehe oben zu Fußnoten 67 ff).

76) Oben Fußnote 8.

77) Vgl. Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 58 I 1; Stein-Jonas-(Schönke-)Pohle § 300 Anm. III 1, § 616 Anm. IV.

78) Eine ausgeschlossene Parteihandlung ist prozessual wirkungslos, Stein-Jonas-Pohle § 279 Fußnote 18.

79) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 93 Anm. 4.

- 1) Der diese Tatsachen umfassende gesetzliche Tatbestand ist in manchen Fällen formal in einer Norm enthalten (wie bei § 346 BGB). Oft ist er auch auf mehrere Normen verteilt (wie etwa bei §§ 119/142, 387/388/389, 530/531 BGB). Aber auch in den letzteren Fällen kann und muß man trotz der formalen Trennung sachlich von einem einheitlichen Tatbestand sprechen, dessen Erfüllung die betreffende Rechtsfolge auslöst. Vgl. hierzu unten zu Fußnoten 32 ff.

(Forts. n. S.)

keit der Behauptungen der genannten tatbestandserheblichen Tatsachen untersucht zu werden braucht. Hierfür müssen diese Tatsachen in das oben § 3 I 1 genannte Schema eingeordnet werden⁴⁾.

Von einem Ausschluß können nicht die einzelnen tatbestandserheblichen Tatsachen unabhängig voneinander und möglicherweise gar unterschiedlich erfaßt werden. Nur ihre Gesamtheit führt zu der erwünschten Rechtsfolge, und nur ihr Vorbringen ist daher im Prozeß relevant. Diese einzelnen Tatsachen stehen zueinander in einem engen rechtlichen Sinnzusammenhang.

Nur das Vorbringen dieser Gesamtheit kann einheitlich zulässig oder unzulässig sein.

Es wäre daher verfehlt, jede der verschiedenen Einzel-Tatsachen getrennt von den anderen in das genannte Schema einordnen zu wollen. Gegenstand dieser Einordnung kann nur die Gesamtheit aller Tatsachen, die "Gesamt-Tatsache" der vollzogenen Gestaltung als deren Inbegriff⁵⁾ sein⁶⁾.

In den hier zu behandelnden Fällen ist die Gestaltung nicht in den vorausgehenden Prozeß eingeführt worden⁷⁾. Sie gehört daher nicht zur oben § 5 genannten ersten Gruppe.

Sie steht mit dem Prozeßstoff des ersten Verfahrens im Zusammenhang⁸⁾. Ihr Ausschluß wäre eine Folge der materiellen Rechtskraft⁹⁾.

Maßgeblich für einen Ausschluß oder Nichtausschluß ist also die Einordnung der Gestaltung als alte oder neue Tatsache. Im ersteren Falle wäre er zu bejahen, im letzteren Falle abzulehnen¹⁰⁾.

Bei dieser Einordnung muß man differenzieren zwischen den verschiedenen zeitlichen Möglichkeiten einer Gestaltung.

Soweit eine Gestaltung bis zum maßgeblichen Zeitpunkt des ersten Prozesses wirksam vollzogen worden ist, ist sie unzweifelhaft im Sinne der ersteren Mög-

Fortsetzung von S. -33-

2) Vgl. hierzu oben § 5 zu Fußnote 42.

3) Oben § 5 zu Fußnote 43.

4) Vgl. Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 43 III 2c, IV, die in diesem Zusammenhang gleichfalls nur auf die Tatsachen abstellen.

5) Dieser Begriff der 'vollzogenen Gestaltung' als Inbegriff aller einzelnen tatbestandserheblichen Tatsachen ist nicht zu verwechseln mit dem Gestaltungsvollzugsakt, der für sich gesehen nur eine dieser einzelnen Tatsachen ist (vgl. unten zu Fußnote 26).

6) Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 43 IV sprechen gleichfalls von der Gestaltungseinrede (einem Unterfall des Gestaltungsvorbringens, oben § 4 I) als von einer Tatsache.

7) Oben § 1.

8) Oben § 5 zu Fußnoten 37 ff.

9) Oben § 5 im Text vor Fußnote 59.

10) Oben § 5 zu Fußnoten 17, 15.

lichkeit zu verstehen. Eine solche Gestaltung ist zu den alten Tatsachen zu rechnen. Sie wird daher als Begründung für eine neue Klage innerhalb des oben § 3 I 1 genannten Rahmens ausgeschlossen¹¹⁾. Hier gilt also dasselbe, wie wenn sie in diesem Prozeß schon zulässigerweise vorgebracht worden wäre¹²⁾. Das ist unbestritten¹³⁾.

Die nachträgliche Wiederholung eines schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt herbeigeführten wirksamen Gestaltungsvollzugs ist schon materiellrechtlich nicht möglich. Mit dem erstmaligen Vollzugsakt tritt die Rechtsänderung ein und erlischt das Gestaltungsrecht¹⁴⁾. Die Frage eines prozessualen Ausschlusses einer Berufung auf eine solche neuerliche Vollziehung kann daher gar nicht entstehen¹⁵⁾.

Ein Gestaltungsvollzug, der aus prozeßrechtlichen Gründen schon materiell unwirksam ist oder wird¹⁶⁾, ist eine rechtlich irrelevante Tatsache. Die Rechtsänderung tritt nicht ein, und das materielle Recht zum erneuten Gestaltungsvollzug bleibt unberührt¹⁷⁾. Dieser Fall ist daher hinsichtlich eines Ausschlusses durch die Rechtskraft dem gleichzustellen, in dem der hier rechtlich unwirksame Vollzug auch tatsächlich unterblieben ist¹⁸⁾. Für die Frage des Ausschlusses durch die Rechtskraft ist dann auch hier der Zeitpunkt der neuerlichen Gestaltungsvollziehung maßgeblich¹⁹⁾.

Dasselbe gilt, wenn schon materiellrechtliche den Vollzugsakt selbst betreffende Gründe diesen unwirksam bleiben lassen, während alle Tatsachen gegeben sind, die für die Entstehung des Rechts zum Vollzuge tatbestandserheblich sind. Ein solcher Fall liegt vor, wenn etwa dem Vollzug die erforderliche Form fehlt²⁰⁾ oder wenn die nötige Zustimmung eines Dritten zur Gestaltung aussteht²¹⁾.

Ist der Vollzug dagegen unwirksam, weil noch eine für den Gestaltungsstatbestand erhebliche Tatsache fehlt – wie etwa die Anhörung des Betriebsrats vor

11) Mit der oben § 5 zu Fußnote 16 dargestellten Einschränkung. Daß eine Klage, die der selbständigen Verwirklichung eines Gestaltungsvorbringens dient, wie jede andere außerhalb des oben § 3 I 1 genannten Rahmens stehende Klage dagegen keinerlei Beschränkung unterliegt, wurde oben § 5 IV schon dargelegt.

12) Oben § 5 zu Fußnote 15.

13) RG SeuffArch 89, 78 (dazu zustimmende Anmerkung von Rosenberg ZZP 59, 229); RGZ 96, 21; 107, 15; 117, 68; 158, 150; RG JW 1916, 831; BGHZ 24, 98 (dazu Anmerkung von Blomeyer JZ 1957, 509 f); Blomeyer § 90 III 2; Lent DR 1942, 870; Nikisch Prozeßaufrechnung Fußnote 68; Zeuner Rechtskraft S. 98.

14) Bötticher Gestaltungsrecht S. 5 spricht davon, daß die ordnungsgemäße Erklärung das Gestaltungsrecht "konsumiere". Im Ergebnis ebenso Blomeyer § 90 IV 2.

15) Daher unklar Zeuner Rechtskraft S. 99.

der Kündigung durch den Arbeitgeber²²⁾ -, oder ist der Vollzug aufgrund dieses Fehlens noch gar nicht ausgesprochen worden, so ist die Gestaltung unbestritten als neue Tatsache anzusehen und für einen nachfolgenden Prozeß unbeschränkt zulässig²³⁾.

Es verbleiben diejenigen Gestaltungen, die schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt hätten vollzogen werden können, aber erst nachfolgend vollzogen worden sind. Hier ist eine Einordnung in das genannte Schema nicht ohne weiteres möglich, und dementsprechend ist die Frage eines Ausschlusses stark umstritten²⁴⁾.

Ob die Tatsache dieser Gestaltungen eine alte oder eine neue ist, hängt vom Zeitpunkt ihrer Entstehung ab²⁵⁾.

Formal gehört zu den für die Gestaltungswirkungen tatbestandserheblichen Tatsachen auch der Vollzugsakt. Man könnte daher die Auffassung vertreten, daß zur Grundlage der neuen Rechtsfolge auch diese Vollziehung gehöre. Die einzuordnende Tatsache der vollzogenen Gestaltung²⁶⁾ wäre in diesem Falle als erst nachträglich entstanden und somit als 'neue' Tatsache anzusehen. Auf diesem Standpunkt stehen der überwiegende Teil der Lehre und einige Oberlandesgerichte²⁷⁾.

Es wäre aber auch denkbar, dem Vollzug gegenüber den anderen tatbestandserheblichen Tatsachen nur rein formalen Wert ohne sachliche Bedeutung beizumessen. Der eigentliche Grund der Rechtsänderung wäre dann schon die Gestaltungslage²⁸⁾. Die einzuordnende Tatsache der Gestaltung müßte dann als vor dem maßgeblichen Zeitpunkt entstanden und damit als 'alte' Tatsache gelten. Diese Auffassung vertreten das RG, der BGH, ein Teil der sonstigen Rechtsprechung und einige Autoren²⁹⁾.

16) Wie etwa im Falle der Zurückweisung des Gestaltungsvorbringens nach §§ 279 oder 529 II, III, V ZPO, siehe unten § 8 A I 3.

17) So wohl auch zu verstehen Blomeyer aaO und Zeuner aaO.

18) Siehe hierzu unten zu Fußnoten 24 ff.

19) Eine Berufung auf diesen neuerlichen Vollzug ist aber unabhängig vom Umfang der Rechtskraft infolge der Zurückweisung unzulässig, unten § 8 A I 3.

20) Vgl. zB § 564a BGB.

21) Vgl. den oben § 5 Fußnote 75 zitierten Fall des RG. Ebenso: Zeuner Rechtskraft S. 106 f.

22) Vgl. BAG AP § 61 BetriebspersonalvertretungsG Nr. 61 und ständige Rechtsprechung (in der Literatur allerdings strittig, vgl. Maus § 66 BetriebsverfassungsG Anm. 5b).

23) Statt vieler: Lent DR 1942, 868; Blomeyer § 90 II 2; Schwab Streitgegenstand S. 163 f; Rosenberg Lehrbuch § 183 III 2a

24) Bgl. oben §§ 2, 4 II.

25) Im ersten Falle würden sie begrifflich immer zu der oben § 5 II genannten zweiten Gruppe gehören, oben zu Fußnote 7.

26) Oben zu Fußnote 6.

Entscheidend für die Einordnung der Gestaltung als alte oder neue Tatsache ist also, welche Bedeutung für die neue Rechtsfolge man dem Gestaltungsvollzug gegenüber den anderen tatbestandserheblichen Tatsachen, also der Gestaltungslage, einräumt³⁰⁾.

1) Die Gestaltung in der Zuordnung zu den neuen Tatsachen

Der Gestaltungsvollzug ist eine Tatsache, die für die mit der Gestaltung eintretende Rechtsfolge tatbestandserheblich ist. Formal ist er ein den übrigen Tatsachen gleichgestelltes Tatbestandselement³¹⁾. Erst beim Vorliegen aller dieser Tatsachen tritt die Rechtsänderung ein.

Materiell unterscheidet sich der Vollzug jedoch von den anderen Elementen. Die Gestaltungslage ist der Inbegriff all der Tatsachen, die den materiellen Gehalt des jeweiligen Gestaltungsrechts ausmachen. Alle Merkmale, die das Gesetz als notwendig und ausreichend für die Möglichkeit einer Rechtsänderung erachtet, sind darin enthalten. Bei der Aufrechnung sind das beispielsweise Gleichartigkeit, Gegenseitigkeit und Fälligkeit der beiden Forderungen, bei der Anfechtung der relevante Irrtum oder die Täuschung bzw. Drohung, bei Widerruf, gesetzlich begründetem Rücktritt oder außerordentlicher Kündigung das illoyale Verhalten des Gegners. Die Gestaltungslage stellt die materielle und sachlich konstitutive Grundlage für die durch die Gestaltung herbeigeführte Rechtsfolge dar³²⁾.

Fortsetzung von S. -36-

- 27) Vor allem Lent DR 1942, 868 ff; AcP 152, 419; Zeuner Rechtskraft S. 107; Kauppert § 16 I 2b für die Aufrechnung. Vgl. ansonsten die oben § 5 Fußnote 58 Zitierten. Derner: OLG Darmstadt OLG Rspr 16, 293; OLG Schleswig, zit. in MDR 1953, 558 als Anm. der Schriftleitung (vgl. aber unten Fußnote 29).
- 28) Der 'Grund' des Rechts zur Gestaltung ist dagegen auf jeden Fall die Gestaltungslage.
- 29) RG: SeuffArch 83 Nr. 176; JW 1902, 532; 1907, 521; 1913, 928; WarnRspr 1910 Nr. 76; RGZ 64, 228. Nach dem RG (RGZ 158, 149) ist der Grund der Einrede aus §§ 273, 274, 1444 BGB schon entstanden, wenn der Einredoberechtigte seine Verbindlichkeit erfüllen kann. Das RG (RG JW 1902, 532) verweist auch auf die Beratung des BGB (Protokolle zur 1. Lesung des BGB, S. 1414 f ungedruckt, zit. nach Abraham S. 18), bei der diese Rechtsaufassung ebenfalls schon vertreten worden sei. Vgl. hierzu unten § 18 zu Fußnote 26.
- BGH: Zum Standpunkt des BGH siehe oben § 4 zu Fußnote 45; vgl. auch BGHZ 24, 97; 34, 279; BGH NJW 1964, 1797.
- Wie das RG: OLG Naumburg JW 1936, 1863; OLG Hamburg MDR 1953, 558; OLG Schleswig SchIHA 1960, 206; OLG Stuttgart NJW 1955, 1562. Ebenso Hellwig System § 1 231 IV 2, § 234 II; Nikisch Lehrbuch § 106 III 3, § 107 I 2; Henckel ZZZP 74, 172; Oertmann Aufrechnung S. 110; Kohler ZZZP 24, 35 (vgl. hierzu unten zu Fußnoten 55 f).
- 30) Vgl. den gleichen Streitfall bei der Vollstreckungsgegenklage, oben § 1 I, unten § 16 A.
- 31) Oben nach Fußnote 25.
- (Forts. n. S.)

Der Vollzug ist nur der Willensakt des Berechtigten, dieser Grundlage zur Rechtsgeltung zu verhelfen³³⁾. Ihm nur deklaratorische Bedeutung beizumessen, wie etwa dem Vorbringen von Tatsachen in einem Prozeß, ginge zwar zu weit³⁴⁾. Er hat aber gleichwohl nicht mehr als nur eine Realisierungsfunktion gegenüber den anderen tatbestandserheblichen Tatsachen.

Dies erweist ein Vergleich mit den Fällen, in denen das Gesetz eine Rechtsfolge ipso iure, also ohne ausdrücklichen Vollzugsakt einer Partei, eintreten läßt. Die sachliche Grundlage für die Rechtsänderung ist bei ihnen keine andere als bei den Gestaltungsrechten. Der Unterschied zu diesen besteht nur darin, daß das Gesetz dort die Rechtsänderung nicht in jedem Falle und unabhängig vom Willen der Beteiligten eintreten lassen will. Zwischen die Entstehung der sachlich maßgeblichen Tatsachen und die Rechtsänderung wird die Entscheidung des Berechtigten über diese Rechtsänderung gestellt. Der Vollzugsakt wird damit nur zu einem formalen Element für den Eintritt der Rechtsfolge. Es ist aber kein zusätzliches sachlich maßgebliches Tatbestandsmerkmal³⁵⁾.

Der Gestaltungsvollzug unterscheidet sich daher von den "echten" materiellen Elementen, wie etwa der Erfüllung, dem Zeitablauf³⁶⁾ oder einer im engeren Sinne rechtsbegründend wirkenden Willenserklärung wie der Einigung nach § 929 BGB³⁷⁾.

Dies läßt sich am Beispiel der Minderung verdeutlichen. Nach § 537 BGB tritt eine Senkung des Mietzinses bei Vorliegen der betreffenden Tatbestandsmerkmale ipso iure, ohne Erklärung des Schuldners ein. Bei der Minderung nach §§ 462, 634 BGB muß das Gesetz dagegen zusätzlich den Vollzugsakt verlangen³⁸⁾, weil sonst die Wahlmöglichkeit des Schuldners zwischen Wandlung und Minderung nicht durchführbar wäre³⁹⁾. Dies ist der einzige Grund, die Minderung hier als Gestaltungsrecht zu konstruieren⁴⁰⁾. Das Gesetz wollte nicht etwa ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal schaffen, an das die Einschränkung der Leistungspflicht sachlich anknüpft.

Fortsetzung von S. -37-

32) So auch RGZ 64, 228; RG HRR 1935 Nr. 691; BGHZ 2, 302; 24, 97 f; 34, 279; BGH NJW 1964, 1797; BAG NJW 1956, 1007; Jäger-Lent § 53 Anm. 24. So ausdrücklich auch Enneccerus-Lehmann § 71 I vor 1 (vgl. hierzu unten Fußnoten 42 f).

33) Die hebt Kohler (ZZP 24, 35) hervor. Kohler spricht (für den Fall der Aufrechnung) davon, daß dem Gestaltungsakt keine größere Bedeutung zukomme als nur das "latente Komensationsverhältnis ... zur Geltung zu bringen".

34) Vgl. unten Fußnoten 45, 53).

35) So auch Henckel ZZP 74, 172 für die Aufrechnung.

36) Vgl. oben § 5 zu Fußnote 13.

37) So im Ergebnis auch die oben Fußnote 29 Zitierten.

38) Zum Rechtscharakter der Minderung als Gestaltungsrecht siehe unten § 13

39) Vgl. RGZ 131, 347.

40) Soergel-Siebert § 462 Anm. 1.

Ähnliches gilt im Verhältnis der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts etwa nach § 118 BGB einerseits und der Anfechtbarkeit etwa nach § 119 BGB oder umgekehrt der schwebenden Unwirksamkeit etwa nach § 108 I BGB andererseits⁴¹⁾.

Der Gestaltungsvollzug bezieht sich damit nicht auf ein sachlich maßgebliches Merkmal des Tatbestands der die Rechtsfolge anordnenden Norm.

Bei den hier problematischen Gestaltungen hat die Gestaltungslage schon vor dem prozessual maßgeblichen Zeitpunkt bestanden, und nur der Vollzug ist erst nachfolgend eingetreten. Der sachliche Grund der Rechtsfolge ist also eine alte Tatsache.

Das prozessuale Vorbringen einer solchen Gestaltung berührt daher insofern die rechtskräftige Entscheidung.

Aus diesen Gründen kann man diese Gestaltung als Gesamt-Tatsache nicht als neue Tatsache ansehen.

II) Die Gestaltung in der Zuordnung zu den alten Tatsachen

Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß diese Gestaltung als alte Tatsache einzuordnen sei. Eine solche Annahme wäre nur dann gerechtfertigt, wenn sie sich aus der zeitlichen Abgrenzung in dem oben § 5 zu Fußnote 13 genannten Sinne begründen ließe.

Abgesehen von dem oben I schon angeführten Gesichtspunkt kommt der Gestaltungslage auch in anderer Hinsicht Bedeutung zu.

Die Gestaltungslage zeitigt unabhängig vom später möglicherweise gar nicht erfolgenden Vollzug eigenständige Rechtswirkungen. Insbesondere gewährt sie Einreden, wie bei der Anfechtbarkeit (§§ 770 I, 2083 BGB) und der Aufrechenbarkeit (§§ 770 II, 1137, 1211 BGB)⁴²⁾. In vielen Fällen wird eine während des Bestehens der Gestaltungslage existente Rechtsfolge trotz objektiver Änderungen in bestimmten Beziehungen als weiterbestehend fingiert, wie in §§ 390 Satz 2, 392, 406 BGB, 53 KO für die Aufrechnung. Hiernach kann auch eine mit der Einrede der Verjährung behaftete Forderung noch verwertet, kann auch über eine beschlagnahmte Forderung verfügt werden, eine Konkursforderung ungeachtet der Konkursquote voll eingetrieben werden⁴³⁾. Treten sich zwei

41) Vgl. von Thur II 1 § 55 § 2, 3.

42) Dies haben Lent (DR 1942, 869) und Rosenberg (SJZ 1950, 317), das erstere hat dazu Reichel (S. 26) übersehen. Ob die Aufrechnungsmöglichkeit allerdings einer Einrede im Sinne des § 813 BGB gleichzustellen ist, ist umstritten, vgl. Schuler NJW 1956, 1497 ff; bejahend: RGZ 120, 280; Staudinger-Kober § 813 Anm. 1e; RGRG-BGB § 813 Anm. 4, 5; verneinend RG ZZP 59, 226; Palandt-Gramm § 813 Anm. 2; Enneccerus-Lehmann § 71 II.

43) Vgl. hierzu etwa OLG Hamburg OLGRspr 25, 332.

Forderungen aufrechenbar gegenüber, so hält das Gesetz diesen Zustand fest und erklärt insoweit die Aufrechnungslage für maßgeblich⁴⁴⁾. Es berücksichtigt dabei, daß der aufrechnungsberechtigte Schuldner sich noch rechtlich, nicht aber mehr wirtschaftlich als solcher zu betrachten braucht⁴⁵⁾.

Im Falle des Rücktritts vom Vertrage nach § 326 BGB erlischt der Anspruch auf Erfüllung schon mit dem erfolglosen Ablauf der gesetzten Frist, ohne daß es dazu der Rücktrittserklärung bedürfte⁴⁶⁾.

Ferner sind als Normen, die allein schon an die Gestaltungslage anknüpfen, zu nennen die §§ 202 I, 320, 390 Satz 1, 868, 1169 und 1254 BGB⁴⁷⁾ für die Einreden des BGB und § 406 BGB für die Aufrechnung⁴⁸⁾. Umstritten ist, ob ein Verzug des Schuldners einer einredebehafteten Forderung schon mit dem Bestehen des Einrederechts oder erst mit dessen Vollzug ausgeschlossen ist⁴⁹⁾.

44) So ausdrücklich auch BGHZ 2, 305.

45) Motive S. 109 (Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB II S. 60); Protokolle S. 729, 736 (Mugdan aaO S. 561 f); RGRK-BGB Anm. 3 vor § 387; RGZ 66, 274.

Die beiden Forderungen haben also immerhin schon ein hypothetisches Verhältnis zueinander. Deswegen ist die Ansicht des RG zu einseitig, derzufolge sie sich bis zur Aufrechnung "objektiv völlig fremd, gleichgültig und wirkungslos" gegenüberstehen; RGZ 66, 266, 273; 120, 280, 283. Auch die Motive (S. 108 f, Mugdan aaO S. 60) sprechen von dem "Prinzip des Entwurfs, daß die beiderseitigen Forderungen von der Kompensationslage nicht berührt werden". Dies kommt auch in den Protokollen zum Ausdruck (S. 735, 736, Mugdan aaO S. 562). Auch Leonhard hat dies vertreten (Schuldrecht S. 631 f).

Diese Auffassung haben Staudinger-Werner ab der 9. Auflage (1930) aufgegeben (Anm. 1 2 vor § 387). Auch der RGRK-BGB (Anm. 3 vor § 387) und Enneccerus-Lehmann (S. 286 Fußnote 2) sprechen sich gegen das RG aus, desgleichen Planck-Siber BGB Anm. 2c vor § 387) und Staudinger-Werner (Anm. 1 2 vor § 387).

In ein echtes gegenseitiges Verhältnis treten die beiden Forderungen andererseits erst mit dem Vollzug der Aufrechnung, unten Fußnote 53.

46) Das ist herrschende Meinung, vgl. RGZ 107, 347; BGHZ 20, 341 f mit vielen Nachweisen.

47) Und im Falle des § 1266 BGB bis zu dessen Aufhebung durch die DVO zum SchiffsG (vom 21. 12. 1940, RGBl. I 1609) mit Änderung durch Gesetz vom 8. 5. 1963 (BGBl. I 293).

48) Eine Übersicht über weitere Rechtsfolgen bei den Einreden des BGB geben Lehmann-Hübner § 14 II 5.

49) Für die erstere Variante die wohl überwiegende Meinung: RGZ 126, 285; RG SeuffArch 76 Nr. 48; JW 1911, 486; Enneccerus-Lehmann § 51 II 1; Palandt-Danckelmann § 284 Anm. 2; RGRK-BGB § 284 Anm. 2; Schlosser JuS 1966, 257 ff.

Für die letztere Variante: Oertmann BGB § 284 Anm. 1; Planck-Siber § 284 Anm. 3a; Jahr JuS 1964, 302. Daß keine der beiden Möglichkeiten befriedigt, weist Larenz Schuldrecht I § 22 I nach. Er vertritt eine Mischtheorie.

Andererseits hat aber das Gesetz in all diesen Fällen gerade nicht bestimmt, daß beim Vorliegen dieser Tatsachen die Rechtsänderung ipso iure eintreten soll, sondern dies von einem ausdrücklichen Vollzugsakt abhängig gemacht, den der Berechtigte entweder allein vornehmen oder zumindest durch ein Gericht veranlassen kann⁵⁰⁾. Trotz aller Rechtswirkungen der Gestaltungslage kommt das die Rechtsfolge auslösende Moment allein vom Vollzug⁵¹⁾. Obwohl etwa bei der Aufrechnung die beiden Forderungen schon vorher in gegenseitiger Beziehung stehen⁵²⁾, tritt erst mit der Gestaltung selbst eine echte Änderung im Bestand dieser Forderungen ein⁵³⁾. Der Gestaltungsvollzug ist immerhin zumindest formal ein echtes Tatbestandsmerkmal⁵⁴⁾. Man kann daher die Gestaltungsrechte nicht mit den Fällen identifizieren, in denen die Rechtsänderung schon ipso iure, also ohne Vollzugsakt, eintritt, und den Gestaltungsakt ganz außer acht lassen⁵⁵⁾. Obwohl in den vorliegenden Fällen alle die Gestaltungslage bildenden Tatsachen schon vor dem prozessual maßgeblichen Zeitpunkt gegeben sind, kann man diese Gestaltung in Anbetracht der erst nachfolgend eintretenden Vollziehung daher nicht zu den alten Tatsachen rechnen⁵⁶⁾.

50) Der Eintritt der Rechtsänderung mit Rückwirkung bei der Aufrechnung ist ein Kompromiß des Gesetzes zwischen der ipso-iure-Theorie einerseits und der einen Erklärungstheorie andererseits, Oertmann Aufrechnung S. 2 ff, Henckel ZZZ 74, 172; vgl. unten § 7 Fußnote 27.

51) Bei den Gestaltungsklagen erfolgt die Rechtsänderung zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft des Gestaltungsurteils, Rosenberg-Schwab § 95 III 1.

52) Oben Fußnote

53) Erst mit dem Aufrechnungsvollzug treten die beiden Forderungen daher in ein echtes gegenseitiges Verhältnis; BGHZ 2, 303; Larenz Schuldrecht I § 27 IIIe. Daher geht es zu weit, etwa der Aufrechnungserklärung nur eine deklaratorische Wirkung beizumessen (so aber Kohler, oben Fußnote 33. Diese Auffassung hat Enneccerus in seinem Lehrbuch vertreten (zB 3. Aufl. 1908 Band I § 294 II). Seit der Bearbeitung des Lehrbuchs durch Lehmann wurde diese extreme Meinung nicht mehr geteilt (ab der 11. Aufl. 1930 S. 239 Fußnote 8).

Vgl. auch RGZ 66, 271; 80, 394.

Für die Einrede des BGB vgl. OLG Dresden OLGRspr 16, 292.

54) Zeuner Rechtskraft S. 107; vgl. oben nach Fußnote 25.

55) OLG Naumburg (JW 1936, 1863) und Herriger in einer Anmerkung ebenda weisen ausdrücklich auf die Bedeutung des Vollzugsakts hin (sie bejahen aber gleichwohl einen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens). Damit ist nichts zu der Frage ausgesagt, inwieweit man diese Gestaltungsrechte hinsichtlich eines prozessualen Ausschlusses nicht ebenso behandeln kann wie die ipso iure eintretenden Rechtsänderungen, unten zu Fußnoten 79 f.

Vgl. hierzu auch RGZ 64, 228.

56) So vor allem auch Zeuner Rechtskraft S. 107; Weismann ZZZ 26, 24.

Daran kann auch die Rückwirkung mancher Gestaltungsrechte nichts ändern. Zwar gilt die Rechtsänderung als mit dem Eintritt der Gestaltungslage erfolgt⁵⁷⁾. Dies ist aber nur eine Fiktion⁵⁸⁾. Das rechtliche Verhältnis wird nur so behandelt, als ob es schon von Anfang an verändert gewesen wäre⁵⁹⁾. Tatsächlich verändert sich die Rechtslage nicht, solange die Gestaltung nur möglich, aber nicht vollzogen ist⁶⁰⁾. Die bis zu dieser Änderung bestehende Rechtslage mag hypothetisch gefährdet sein. Sie aber als tatsächlich schon in ihrem Bestand berührt zu bezeichnen, wäre verfehlt⁶¹⁾. Es wird auch nicht etwa fingiert, daß die Erklärung selbst als im Augenblick des Eintritts der Gestaltungslage abgegeben gälte⁶²⁾. Tatsächlicher und rechtlicher Zeitpunkt der Erklärung sind identisch⁶³⁾. In diesem Augenblick müssen alle Voraussetzungen der Gestaltung im besonderen⁶⁴⁾ und einer Willenserklärung im allgemeinen gegeben sein⁶⁵⁾. Die Rückwirkung ist insofern unbeachtlich⁶⁶⁾. Es wird mit dem nachträglichen Gestaltungsvorbringen, selbst wenn dieser Gestaltung rückwirkende Kraft zukommt, auch nicht etwa behauptet, die vorausgehende Entscheidung sei unrichtig⁶⁷⁾. Eine Gestaltung wird im Gegenteil oft gerade unter der Voraussetzung der Richtigkeit der Vorentscheidung geltend gemacht, wie etwa die Aufrechnung, die nur möglich ist, wenn die zunächst anerkannte Forderung wirklich besteht⁶⁸⁾. Ziel des Gestaltungsvorbringens ist nicht ein Angriff auf die Feststellung des Sachverhalts und auf dessen rechtliche Würdigung durch die rechtskräftige Entscheidung⁶⁹⁾.

57) So etwa für die Aufrechnung § 389 BGB; für die Anfechtung erklärt § 142 I BGB den Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung für maßgeblich. Dieser liegt begrifflich nicht nach dem Eintritt der Gestaltungslage.

58) Lent DR 1942, 869. Besonders ausdrücklich RGZ 66, 274.

59) Staudinger-Werner § 389 Anm. II 3b; Schultz JW 1930, 564 (zu Nr. 8).

60) Darauf weist insbesondere Kauppert S. 92 hin. Daher insofern unzutreffend das OLG Breslau (JW 1930, 564), das den Ausschluß der Aufrechnungseinrede damit begründet, daß, unabhängig vom Zeitpunkt des Vollzugs, die Forderung stets im Augenblick des Eintritts der Gestaltungslage erloschen und daß die Gestaltung daher eine alte Tatsache sei.

61) So auch Staudinger-Werner Vorbem. I 2 vor § 387.

62) Blomeyer § 90 III vor 1.

63) Blomeyer § 90 II 2 vor a.

64) So BGHZ 2, 303; Larenz Schuldrecht I § 27 IIIe. Dem Argument von Enneccerus-Lehmann, man müsse den Schwerpunkt auf die Aufrechnungslage legen, da nur diese "die Rückwirkung der Aufrechnung befriedigend zu erklären vermöge" (Enneccerus-Lehmann § 71 vor 1), kann daher nicht gefolgt werden.

65) BGH aaO; RGRK-BGB Anm. 3 vor § 387.

66) Das ist überwiegende Meinung: Lent DR 1942, 869; Rosenberg SJZ 1950, 317; Pagenstecher Eventualaufrechnung S. 70 ff; JW 1934, 1970; LZ 1929, 1298; Reichel S. 25 f; Blomeyer § 90 II 2 vor a; Schultz JW 1930, 564. Vgl. auch Lent AcP 152, 419.

67) Hellwig-Oertmann System II S. 196 ff; Pagenstecher JW 1934, 1970; OLG Stuttgart NJW 1955, 1562; Schultz aaO. (Forts. n. S.)

III) Ergebnis

Da der Gestaltungsvollzug als neue Einzel-Tatsache einerseits mehr als deklaratorische Wirkung hat, ihm andererseits aber nur eine Rechtsrealisierungsfunktion für alte Einzel-Tatsachen zukommt und er sachlich diesen anderen, den eigentlichen Grund der Rechtsfolge bildenden Tatbestandselementen nicht gleichgestellt werden kann, ist auch die Gestaltung als Gesamttatsache in den hier problematischen Fällen⁷⁰⁾ weder den alten noch den neuen Tatsachen zuzuordnen. Diese Gestaltungen müssen als Sondererscheinung angesehen werden, die sich in das allgemeine Schema von durch die Rechtskraft ausgeschlossenen und nicht ausgeschlossenen Tatsachen nicht einpaßt, sondern eine Zwischenstellung einnimmt⁷¹⁾.

In diesem Sinne ist auch der BGH zu verstehen. In einer schon zitierten Entscheidung⁷²⁾ hat er dies konkludent zum Ausdruck gebracht. Es war zunächst vom erstinstanzlichen Gericht eine Klage abgewiesen worden, weil die zur Klagerhebung notwendige Zustimmung einer Generalversammlung fehlte. Die Klägerin führte nachfolgend diese Zustimmung herbei (was sie auch schon rechtzeitig für die erste Klage hätte tun können) und erhob von neuem Klage. Der BGH hat diese Klage und ihre Begründung als nicht gegen die Rechtskraft des ersten Urteils verstößend zugelassen. Gleichzeitig betont er, daß eine schon vorher mögliche Gestaltung, die erst nachträglich vollzogen worden ist, für eine neue Klage ausgeschlossen sei⁷³⁾. Formal ist die Sachlage in beiden Fällen die gleiche. Stets ist die letzte tatbestandserhebliche und damit die Rechtsfolge auslösende Tatsache – und nur sie – nach dem prozessual maßgeblichen Zeitpunkt entstanden. Da man die Gestaltungsrechte den ipso iure ausgelösten Rechtsfolgen nicht gleichstellen kann⁷⁴⁾, muß die unterschiedliche Behandlung der beiden genannten Fälle durch den BGH darauf beruhen, daß dieser den Gestaltungsvollzug trotz seiner formalen Bedeutung den anderen tatbestandserheblichen Tatsachen nicht gleichstellt⁷⁵⁾. Ähnliches gilt für das RG⁷⁶⁾.

Der gleichen Auffassung ist der Österreichische OGH. Er läßt einerseits eine nach rechtskräftigem Abschluß eines Prozesses vollzogene Anfechtung nicht mehr als Wiederaufnahmegrund zu, weil diese keine schon zur Zeit des Vor-

Fortsetzung von S. -42-

68) Darauf weisen das RG (HRR 1935, Nr. 691), Lent (DR 1942, 869) und Reichel (S. 25 f) hin.

69) Vgl. Schwab Streitgegenstand S. 168.

70) Oben zu Fußnote 24.

71) Dies wird von Martin nicht erkannt (vgl. Martin S. 68 ff). Martin läßt allgemein eine Zuordnung des Gestaltungsvorbringens zu den grundsätzlichen Rechtskraftgrenzen vermissen.

72) BGH ZZP 75, 253. Vgl. oben § 5 zu Fußnote 19.

73) BGH aaO; siehe ferner oben § 2 Fußnoten 8, 9 für die Vollstreckungsgeklage. (Forts. n. S.)

prozesses bestehende Tatsache sei⁷⁷⁾. Andererseits schließt die Rechtskraft die Geltendmachung der Anfechtung in einer neuen Verurteilungsklage nach der Auffassung des OGH aus⁷⁸⁾.

Die schon vor dem prozessual maßgeblichen Zeitpunkt vollziehbare, aber erst nachfolgend vollzogene Gestaltung ist also weder mit den neuen noch mit den alten Tatsachen zu identifizieren. Es fragt sich, ob sie hinsichtlich eines Ausschlusses durch die Rechtskraft ebenso wie die letzteren zu behandeln sind⁷⁹⁾, oder ob sie insoweit den ersteren gleichgestellt werden müssen⁸⁰⁾.

§ 7 Versuch der Lösung des Problems durch Anwendung des Rechtsgedankens der Verwirkung oder anhand von Kriterien aus dem materiellen Recht

1) Der Rechtsgedanke der Verwirkung

Die Überlegungen mancher Autoren zum Problem eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens berühren die Verwirkung eines materiellen Rechts oder einer prozessualen Befugnis¹⁾. Es liegt daher nahe zu prüfen, ob man nicht den Umfang der Rechtskraft hier anhand der gleichen Kriterien abgrenzen kann, wie sie bei der Verwirkung Anwendung finden.

Hat der Inhaber eines Rechts dem Gegner gegenüber längere Zeit von der Absicht einer Ausübung dieses Rechts nichts verlauten lassen und treten andere, besondere Umstände hinzu, aufgrund derer eine nachfolgende Geltendmachung des Rechts als Verstoß gegen Treu und Glauben anzusehen ist, so ist es verwirkt und kann nicht mehr verwirklicht werden²⁾. Dies ist ein Fall unzulässiger Rechtsausübung und beruht auf § 242 BGB³⁾. Diese Möglichkeit des Verlusts einer Befugnis ist auch für das Verfahrensrecht grundsätzlich aner-

Fortsetzung von S. -43-

74) Das wurde oben zu Fußnoten 54 f dargelegt.

75) Damit ist zu der vom BGH vertretenen Auffassung, das genannte Gestaltungsvorbringen sei ausgeschlossen, noch keine Stellung genommen. Vgl. hierzu Schwab ZZP 75, 257 und oben § 2 zu Fußnote 8.

76) Vgl. insbesondere RGZ 64, 228.

77) Österr. OGH JBl. 1957, 240. Vgl. oben § 2 Fußnote 80, 92.

78) Vgl. oben § 2 Fußnote 92.

79) Wie das RG und der BGH es im Ergebnis tun, oben § 2 Fußnoten 2, 6, 8, 9 (für die Vollstreckungsgegenklage).

80) Wie heute der überwiegende Teil der Lehre es im Ergebnis tut, oben § 2 II 2 (für die Vollstreckungsgegenklage).

Die Sonderstellung dieser Gestaltung zwischen alten und neuen Tatsachen wird allerdings in Literatur und Rechtsprechung nirgends klar herausgestellt.

1) Das hebt auch Lent (DR 1942, 872) hervor.

2) Das ist unbestrittenes materielles und formelles Recht. RGZ 155, 152; 158, 107; 159, 39 ff; BGHZ 21, 78; BGH NJW 1957, 1385; BAG NJW 1958, 1988; Hubmann Rechtsschutz § 46 IV 2a; Zeiss Prozeßpartei S. 124; Siebert JW 1937, 612; Lange § 16 V 1. Einen Überblick über die unübersehbare einschlägige Literatur geben Staudinger-Weber § 242 Anm. D 561 Fußnote. (Forts. n. S.)

kannt⁴⁾, weil der Grundsatz von Treu und Glauben auch da gilt⁵⁾.

Die Rechtsprechung beschränkt im Prozeßrecht den Anwendungsbereich allerdings auf zwei Fallgruppen⁶⁾: Bei verspäteten Anträgen gemäß §§ 103, 515 III ZPO sowie bei Einlegung der einfachen Beschwerde und der fristlosen Erinnerung nach unangemessen langer Zeit⁷⁾. Vor allem hat sie eine Anwendung des Verwirkungsgedankens auf die Vollstreckungsgegenklage abgelehnt⁸⁾. Die Lehre dagegen bejaht zum Teil die grundsätzliche Anwendbarkeit im gesamten Prozeßrecht⁹⁾. Insbesondere hat dies Baumgärtel untersucht und bejaht¹⁰⁾. Schönke spricht sich ausdrücklich für eine Anwendung des Verwirkungsgrundsatzes auch bei der Klage nach § 767 ZPO aus¹¹⁾.

Die für den Eintritt einer Verwirkung nötigen besonderen Umstände – Schweigen des Berechtigten und Zeitablauf allein genügen in keinem Falle¹²⁾ – liegen vor allem dann vor, wenn der Gegner des Berechtigten dessen Verhalten entnehmen mußte, daß dieser sein Recht nicht mehr ausüben werde, und wenn er sich darauf einrichten durfte und eingerichtet hat¹³⁾, so daß ihm die Ausübung des Rechts nicht mehr zugemutet werden kann¹⁴⁾. Ferner gehört hierzu die Art der betreffenden Prozeßhandlung¹⁵⁾. Ob die Kenntnis des Berechtigten von seinem Recht erforderlich ist, ist umstritten, nach überwiegender Meinung aber zu verneinen¹⁶⁾.

Bei dem der vorliegenden Untersuchung zugrundeliegenden Sachverhalt äußert sich der Gestaltungsberechtigte in den wenigsten Fällen dem anderen Teil gegenüber, ob und wann er von seinem Recht Gebrauch machen möchte. Sein Schweigen allein genügt aber gerade nicht für den Eintritt einer Verwirkung¹⁷⁾.

Fortsetzung von S. -44-

- 3) RGZ 155, 152; Siebert aaO; Erman Anm. 5b vor § 194.
- 4) Dieser Fall der Verwirkung der prozessualen Befugnis ist zu unterscheiden von der eines materiellen Rechts; vgl. Schwab NJW 1954, 1772; Baumgärtel ZZP 67, 425; ZZP 75, 386; Zeiss aaO S. 124 zu Fußnote 4; Siebert Verwirkung S. 146 f. Für beide Fälle gilt aber der gleiche Tatbestand, wobei allerdings den besonderen Erfordernissen des Prozesses Rechnung getragen werden muß, vgl. Baumgärtel ZZP 67, 426; ZZP 75, 390; Zeiss aaO; Siebert aaO S. 245. Zur Abgrenzung vom Verbot des venire contra factum proprium Zeiss aaO S. 124 zu Fußnote 6.
- 5) RGZ 102, 221; 161, 359; BGHZ 30, 114; 31, 83; BGH LM § 514 ZPO Nr. 3; OLG Düsseldorf JW 1932, 2895; Rosenberg-Schwab § 65 VII; Baumgärtel ZZP 75, 395; Schönke-Schröder-Niese § 2 III 1a.
- 6) Baumgärtel ZZP 67, 425; ZZP 75, 385; Siebert Verwirkung S. 146 f.
- 7) Nachweise bei Baumgärtel ZZP 67, 423 ff., Fußnoten 3, 17, 125 a. Vgl. auch Zeiss Prozeßpartei S. 128 ff.
- 8) KG DR 1940, 2116 ff.
- 9) So etwa Schwab NJW 1954, 1772; Rosenberg-Schwab § 65 VII 3; vgl. auch Zeiss aaO S. 125.
- 10) Baumgärtel ZZP 67, 423 ff. Er verneint allerdings die Verwirkbarkeit der Befugnis, einen Anspruch gerichtlich zu verfolgen (ZZP 75, 397 ff.).
- 11) Schönke DR 1940, 2119. Vgl. zur Verwirkbarkeit der Befugnis zur Erhebung einer Gestaltungsklage Zeiss S. 144 f. (Forts. n. S.)

Zumeist, insbesondere bei befristeten Gestaltungsrechten, muß mit einer Ausübung und prozessualen Geltendmachung des Rechts gerechnet werden, selbst wenn seit dem Eintritt der Gestaltungslage schon eine geraume Zeitspanne verstrichen ist. Im Regelfall verwirkt der Gestaltungsberechtigte sein Recht und die prozessuale Befugnis zu dessen Geltendmachung vor Gericht nicht¹⁸⁾.

Eine Abgrenzung des Rechtskraftumfangs nach den Kriterien der Verwirkung hätte praktisch eine nahezu schrankenlose Zulässigkeit des Gestaltungsvorbringens zur Folge. Nur in Ausnahmefällen wäre ein solches Vorbringen ausgeschlossen. Die Wirkung des rechtskraftbedingten Ausschlusses in zeitlicher Hinsicht wäre bedeutungslos¹⁸⁾. Der Notwendigkeit, die Maßgeblichkeit der rechtskräftigen Entscheidung zu wahren¹⁹⁾, würde das nicht gerecht. Eine befriedigende Lösung des Problems der zeitlichen Rechtskraftgrenzen läßt sich auf diesem Wege daher nicht erreichen²⁰⁾. Es müssen andere Kriterien gefunden werden.

II) Versuch der Gewinnung der Kriterien aus dem materiellen Recht

Im Falle der Bejahung eines Ausschlusses würde der Gestaltungsberechtigte sein Recht vor Ablauf der Frist ausüben müssen, die ihm materiell eigentlich zusteht, will er dieses Rechts nicht verlustig gehen. Sein Gestaltungsrecht bliebe zwar insoweit bis zu dem maßgeblichen Zeitpunkt unberührt, doch würde die Gestaltungsfrist mittelbar abgekürzt.

Fortsetzung von S. -45-.

- 12) Das wird überall hervorgehoben; vgl. statt vieler: Staudinger-Werner § 242 Anm. D 613; Hersche! NJW 1947/48, 234.
- 13) BAG NJW 1958, 1988; Hubmann Rechtsschutz § 46 IV 2; Staudinger-Werner § 242 Anm. D 619; Palandt-Danckelmann § 242 Anm. 9. Die hier und unten Fußnoten 14 - 16 Zitierten äußern sich dabei zur Verwirkung eines materiellen Rechts. Für die prozessuale Befugnis gilt das aber in gleicher Weise (oben Fußnote 4).
- 14) Staudinger-Werner § 242 Anm. B 128; Zeiss Prozeßpartei S. 124.
- 15) Staudinger-Werner § 242 Anm. D 614.
- 16) So auch: BGHZ 25, 52; Staudinger-Werner § 242 Anm. D 617; Palandt-Danckelmann § 242 Anm. 9; Siebert Verwirkung S. 173 f. Anderer Ansicht Lent DR 1942, 873; für die Verwirkung einer prozessualen Befugnis Baumgärtel ZZP 67, 450.
- 17) Oben zu Fußnote 12.
- 18) Darauf weist auch Lent DR 1942, 873 hin.
- 19) Vgl. oben § 3 zu Fußnote 4.
- 20) So auch, für die Einreden des BGB, Jahr JuS 1964, 303. Dies betont auch Lent DR 1942, 872. Im Ergebnis ebenso: Nikisch Prozeßaufrechnung S. 787; Martin S. 72.

An diesen Gedanken knüpft Martin an²¹⁾. Er stellt darauf ab, ob das materielle Recht bei der Gewährung des Gestaltungsrechts entweder die Möglichkeit einer Gestaltung schlechthin in den Vordergrund gestellt habe oder aber gerade die Überlegungsfrist des Berechtigten. Im ersteren Falle, wenn also das "Ob" des Gestaltungsrechts von primärer Bedeutung ist, sei eine Beschneidung der Frist vertretbar. Steht dagegen das "Wann" eines Gestaltungsvollzugs im Vordergrund, so müsse ein Ausschluß nachfolgend ausgeübter Gestaltungsrechte abgelehnt werden.

Diese Überlegung erscheint zunächst überzeugend. Eine Regelung des Ausschlusses nach diesen Kriterien würde den Bedürfnissen beider Rechtsbereiche in dem Maße gerecht, wie es jeweils mit beiden zugleich vereinbar wäre²²⁾. Eine Entscheidung allein nach diesen Gesichtspunkten erweist sich indessen als nicht möglich, wenn man festzustellen versucht, bei welchen Gestaltungsmöglichkeiten nun das Ob und bei welchen das Wann eindeutig von überwiegender Bedeutung ist. Das läßt sich nämlich in den meisten Fällen nicht mit Sicherheit ermitteln. Selbst Martin muß zugeben²²⁾, daß auch dann, wenn die Wahlfreiheit des "Ob" die primäre ist, die zeitliche unvermeidlich mit beteiligt ist.

Andererseits beinhaltet eine Bestimmung des "Wann" zugleich die Wahl des "Ob".

Solche Fälle primärer Bedeutung des Ob sind nach Martin etwa Anfechtung, Aufrechnung²³⁾ und die Einreden des BGB²⁴⁾. Bei der Anfechtung nach §§ 119, 120 BGB könnte die äußerst kurze Gestaltungsfrist (§ 121 BGB) als Indiz dafür angesehen werden, daß es dem Gesetz weniger auf die zeitliche Bestimmung als auf die Möglichkeit einer Gestaltung überhaupt ankommt. Beim Anfechtungsrecht aus § 123 BGB dagegen ist die Begrenzung der Frist auf ein Jahr (§ 124 I BGB) allein aus Gründen des Rechtsfriedens erfolgt²⁵⁾. Man kann dem jedoch nicht mit Sicherheit entnehmen, daß wenigstens innerhalb dieser Frist die Bestimmung des Zeitpunkts der Anfechtung dem Berechtigten nicht ebenso wichtig sein mag wie der Entschluß zur Gestaltung überhaupt. Besonders fraglich wäre dies bei der Aufrechnung. Hier wird von der Gestaltung eine Gegenforderung des Gestaltenden erfaßt. Bis zu deren Erlöschen erhält er in den meisten Fällen Zinsen. Der Zeitpunkt des Vollzugs der Aufrechnung ist also durchaus von (in diesem Falle wirtschaftlicher) Bedeutung.

21) Martin S. 88 ff.

22) Vgl. unten § 11 vor A.

23) Martin aaO.

24) Martin S. 89, 112 f.

25) Vgl. Staudinger-Nipperdey § 124 Anm. 1.

Dasselbe ergibt sich aus der Sicherungsfunktion der Aufrechnung²⁶⁾. Hier kann es für den Gestaltungsberechtigten wichtig sein, etwa erst dann aufzurechnen, wenn sich eine Vollstreckung aus seinem Anspruch, etwa wegen mangelnder Zahlungsfähigkeit des Gegners, als nicht erfolgreich erweist. Auch aus diesem Grunde hat das Gesetz nicht die ipso-iure-Lösung eingeführt, sondern sich der Erklärungstheorie angeschlossen²⁷⁾. Bei den Einreden des BGB dagegen könnte man wiederum eher der Auffassung zuneigen, daß es hier mehr um die Möglichkeit einer Anspruchshemmung überhaupt gehe als um die Wahl des Zeitpunkts.

Als Gestaltungsrecht, bei dem das Wann im Vordergrund stehe, sieht Martin die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen auf unbestimmte Zeit an, gleich, ob mit deren Beendigung früher oder später zu rechnen ist oder nicht²⁸⁾. Hier muß man sich aber umgekehrt fragen, warum gerade in diesen Fällen die Frage, ob ein solches Rechtsverhältnis zunächst überhaupt wieder aufgelöst werden soll, nicht ebenso wichtig ist wie die Wahl des Zeitpunkts hierfür. Martin räumt selbst ein, daß in manchen Fällen, etwa bei der Ehe²⁹⁾, die Wahl des "Ob" und die des "Wann" gleichbedeutend nebeneinanderstehen können.

Diese Unterscheidung krankt daran, daß beide Kriterien keine Gegensätze sind. Das eine beinhaltet stets das andere. Daraus ergibt sich die Schwierigkeit, bei den einzelnen Gestaltungsrechten festzustellen, ob und inwieweit jeweils der eine oder der andere Gesichtspunkt im Vordergrund steht. Diese Unterscheidungskriterien sind zu wenig scharf, als daß man nach ihnen allein die Frage des Ausschlusses beantworten könnte. Sie können im besten Falle mit anderen zusammen ein Indiz für die richtige Lösung sein. Man muß daher solche weiteren Abwägungskriterien finden.

26) Larenz Schuldrecht I § 27 III vor a. Vgl. unten § 13 I.

27) Der Gesetzgeber hatte bei der Ausformung der Aufrechnung die Wahl zwischen zwei Prinzipien. Es gab die Möglichkeit der ipso-iure-Wirkung des aufrechenbaren Gegenübertretens der beiden Forderungen einerseits und die der ex-nunc-Wirkung einer für die Gestaltung nötigen Vollzugserklärung andererseits (Goldberg S. 27 ff; Henckel Z郑 74, 172). Beides hätte der Auffassung und den Bedürfnissen des Verkehrs nicht entsprochen (BGHZ 2, 303; Motive S. 108 f = Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, S. 562). So wurde in § 389 BGB ein Kompromiß gefunden (Henckel Z郑 74, 172). Auslösungsmoment für die Folge der Aufrechnung für deren zeitliche Wirkung ist aber nicht der zufällige Zeitpunkt dieses Vollzugs, sondern der des Eintritts der Aufrechnungsmöglichkeit (BGH aaO; RGRK-BGB Anm. 3 vor § 387). Das Gesetz wollte damit die Nachteile dieser Kompromißlösung ausgleichen (Motive S. 107 f = Mugdan aaO II S. 59; Enneccerus-Lehmann § 71 I am Anfang).

28) Martin S. 90.

29) Martin aaO.

§ 8 Die allgemeine Tendenz des Prozeßrechts zur Bejahung eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens

Die Frage nach einem Ausschluß des Gestaltungsvorbringens ist ein Problem des Prozeßrechts¹⁾. Im Rahmen der weiteren Untersuchung muß daher geprüft werden, welche Lösung sich am besten in das Verfahrensrecht einfügen würde. Es gilt, einen möglichen Ausschluß an dem sonstigen Präklusionssystem und an den Grundprinzipien der ZPO, soweit sie dieses Problem berühren, zu messen.

A) Das Ausschlußsystem der ZPO, der Grundsatz der Prozeßökonomie, die Konzentrationsmaxime

Zunächst zu nennen ist der Grundsatz der Prozeßökonomie. Er besagt, daß zur Entlastung des Gerichts der Rechtsstreit so rasch und so wenig aufwendig wie möglich entschieden werden soll²⁾. Der BGH spricht von einer "gesunden Prozeßökonomie"³⁾. Dieses Prinzip beherrscht das gesamte Verfahrensrecht⁴⁾ und wirkt sich insbesondere im Verhältnis mehrerer Prozesse aus. Das ist im folgenden näher auszuführen.

1) Der Ausschluß von Parteihandlungen im Verhältnis mehrerer Prozesse

1) Die allgemeine Tendenz zur Beschränkung auf einen Prozeß aus Gründen der Prozeßökonomie

Beruft sich eine Partei auf den Vollzug einer Gestaltung, so verursacht die Prüfung dieses Vorbringens aufgrund der Kenntnisse des Gerichts vom Streitstoff im laufenden Verfahren einen verhältnismäßig geringen Arbeitsaufwand. Eine erheblich größere Belastung dagegen brächte eine solche Prüfung in einem zweiten nachfolgenden Prozeß vor einem anderen Gericht mit sich, dem der gesamte Sachverhalt zunächst unbekannt ist⁵⁾. Wendet etwa der Beklagte ein, der Klaganspruch sei wegen Ausübung eines vertraglich begründeten Rücktrittsrechts untergegangen, so hat sich das Gericht mit dem Vertragsverhältnis schon befaßt. Die Untersuchung, wie weit das Vorbringen des Beklagten zum Untergang des Anspruchs geführt hat, erfordert hier geringeren Aufwand, als wenn ein neues Gericht sich erst die Kenntnis des betreffenden

1) Oben § 5 Fußnote 7.

2) Vgl. Böttcher Rechtskraft S. 201.

Daß Zivilprozesse oft zu lange dauern, heben auch Rosenberg-Schwab (§ 84 I) hervor.

3) BGHZ 5, 377. So auch Böttcher aaO.

4) Böttcher aaO.

5) So auch BGHZ 5, 377.

Vertrags verschaffen müßte.

Diese Überlegung mag für den Fall nicht zutreffen, in dem es sich um eine Aufrechnung mit einer nicht konnexen Gegenforderung handelt⁶⁾. Hier muß sich das Gericht in jedem Falle in einen neuen Sachverhalt einarbeiten, gleichgültig, ob es den eigentlichen Prozeßstoff kennt oder nicht. Hier ergibt sich unterschiedslos die gleiche zusätzliche Belastung. In einem solchen Falle kann es im Sinne einer ökonomischen Verhandlungsführung liegen, wenn das erste Verfahren frei von einer Gestaltungseinrede durchgeführt und die praktisch selbständige Frage der Einrede davon abgespalten und in einem eigenen Prozeß geklärt wird⁷⁾. Dieser Grundsatz liegt den §§ 145 III und 302 ZPO zugrunde und ist vom BGH auch in seiner Rechtsprechung zum Zwischenurteil nach § 304 ZPO⁸⁾ und zu § 529 ZPO⁹⁾ verwirklicht worden.

Abgesehen von diesen Fällen, die zahlenmäßig gegenüber allen anderen nicht bedeutend sind, entspricht es einer wirtschaftlichen Verfahrensregelung, wenn über die Geltendmachung einer Gestaltung soweit wie möglich schon im ersten Prozeß und nicht erst im zweiten abgetrennten Verfahren verhandelt und entschieden wird¹⁰⁾. Dies wurde für den besonderen Fall eines zurückgewiesenen Parteivorbringens schon oben dargelegt¹¹⁾.

Der Grundsatz der Prozeßökonomie spricht also dafür, eine gestaltungsberechtigte Partei durch Androhung des Ausschlusses zu einer frühzeitigen Vollziehung und Geltendmachung ihres Gestaltungsrechts anzuhalten¹²⁾.

2) Die in den §§ 323 II und 767 II ZPO zum Ausdruck kommende Tendenz zur Beschränkung auf einen Prozeß

Die §§ 323 II und 767 II ZPO sind zwar keine allgemeinen Rechtskraftvorschriften, sondern behandeln nur die besonderen Fälle der Abänderungs- bzw. der

6) Also mit einer mit dem Klaganspruch nicht in rechtlichem Zusammenhang stehenden Forderung, RGZ 64, 228.

7) Vgl. Schuler NJW 1956, 1497 ff.

8) BGH NJW 1953, 1689, NJW 1954, 73.

9) BGHZ 5, 373, BGH LM § 529 ZPO Nr. 5.

10) BGHZ 5, 377. Man vergleiche den Streit zwischen Sachabweisungs- und Beweiserhebungstheorie bei der Eventualaufrechnung. Auch hier entscheidet man sich aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit für die abschließende Behandlung der Aufrechnung im jeweils schon laufenden Prozeß und deshalb für die letztere Theorie, vgl. Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 45 II 1.

11) Oben § 7 zu Fußnoten 27 f. Vgl. auch unten 2.

12) Vgl. die oben § 2 Fußnoten 19 - 27 Zitierten.

Vollstreckungsgegenklage¹³⁾. In ihnen kommt aber das allgemeine Bestreben des Gesetzes zum Ausdruck, nach dem Abschluß eines Prozesses einen zweiten nur in engem Rahmen zuzulassen¹⁴⁾. So soll § 767 II es verhindern, daß der Schuldner durch die Gegenklage den Streit willkürlich noch einmal aufrollen kann¹⁵⁾. Es wird auch hervorgehoben, daß dem § 767 II ZPO jeder Restitutionsgedanke fehle¹⁶⁾.

3) Vergleich zum Ausschluß eines nach §§ 279, 279a, 523, 529 II, III, V ZPO zurückgewiesenen Vorbringens

a) Die Folgen einer Zurückweisung verspäteten Vorbringens

Nach den §§ 279, 279a, 523, 529 II, III, V kann das Gericht ein verspätetes Vorbringen unter bestimmten Voraussetzungen zurückweisen¹⁷⁾. Trägt etwa der Beklagte eine Aufrechnungseinrede vor, die er auch schon in einem früheren Termin hätte geltend machen können, so kann das Gericht dieses Verteidigungsmittel als verspätet ausschließen¹⁸⁾. Das gleiche gilt für einen angriffsweise vorgetragenen Rücktritt des Klägers¹⁹⁾.

Mit dieser Zurückweisung wird das betreffende Gestaltungsvorbringen zugleich auch für weitere Prozesse innerhalb des oben § 3 I 1 genannten Rahmens ausgeschlossen.

Das ergibt sich nicht aus dem materiellen Recht. Infolge der Unzulässigkeit des Gestaltungsvorbringens im ersten Prozeß ist die zugrundeliegende Gestaltung auch materiell unwirksam²⁰⁾. Insoweit könnte sie noch einmal vollzogen werden²¹⁾. Mit der Berufung auf diese neuerliche Gestaltung würde man formal eine andere Tatsache geltend machen als die im ersten Prozeß vorgebrachtete. Der Ausschluß dieses ersten Vorbringens hat insofern keine Wirkung auf

13) Für § 767 vgl. aber auch oben § 3 II.

14) Vgl. Schwab Streitgegenstand S. 159, Habscheid Streitgegenstand S. 291, Rosenberg SJZ 1950, 313 f, BGHZ 24, 98.

15) So insbesondere RGZ 64, 228, ebenso BGH aaO, BGHZ 34, 279, BGH NJW 1964, 1797. Vgl. im übrigen unten § 16 C.

16) RG JW 1894, 120, OLG Dresden OLGRspr 16, 292 mit weiteren Zitaten.

17) Vgl. BGHZ 12, 50 f, BGH NJW 1954, 600 (dazu auch RG JW 1936, 3051).

18) Vgl. Zöller-Stephan § 278 Anm. 2, auch OLG Frankfurt NJW 1966, 456, BGH ZZZP 69, 430.

19) Daß der Rücktritt auch anspruchsbegründend wirken kann, wurde oben § 4 zu Fußnote 3 erläutert.

20) So die hM, zB Rosenberg-Schwab § 106 III 1b, Schwab Prozeßaufrechnung S. 939 ff, insbes. S. 952 ff. Vgl. hierzu unten § 10 zu Fußnoten 4 ff.

21) Oben § 6 zu Fußnoten 18 f.

ein prozessuales Geltendmachen der zweiten Gestaltung²²⁾. Wurde etwa während eines Prozesses gegen die Klagforderung aufgerechnet und die Geltendmachung dieser Gestaltung nach § 279 ZPO als verspätet zurückgewiesen, so ist die Aufrechnung materiellrechtlich unwirksam und könnte später von neuem ausgesprochen werden. Diese neuerliche Gestaltung müßte insoweit auch wiederum prozessual geltend gemacht werden können.

Dieses zweite Gestaltungsvorbringen ist aber aus prozeßökonomischen Gründen ebenfalls unzulässig. Würde man ein im ersten Prozeß nach §§ 279, 279a, 523, 529 II, III, V ZPO ausgeschlossenes Vorbringen in dem nachfolgenden Verfahren wieder zulassen, so würde die Bedeutung dieser Vorschriften ins Gegenteil verkehrt. Die Folge wäre nicht eine Konzentration des Verfahrens in dem Sinne, daß die betreffende Gestaltung frühzeitig geltend gemacht wird, sondern eine weitgehende Verschiebung dieses Vorbringens aus dem laufenden Prozeß in einen späteren. Gerade das ist nach dem Grundsatz der Prozeßökonomie unerwünscht²³⁾.

So war bis zur Novelle 1924 zur ZPO die Geltendmachung zurückgewiesener Verteidigungsmittel dem Beklagten im Endurteil vorzubehalten (§ 540 ZPO), und über sie war in einem Nachverfahren, ähnlich dem nach § 599 ZPO, endgültig zu entscheiden. Die Novelle hat die Vorschrift des § 540 ersatzlos aufgehoben, so daß die Zurückweisung nunmehr endgültig ist²⁴⁾.

Aus den gleichen prozeßökonomischen Überlegungen läßt man zur Vermeidung mehrerer Prozesse über einen Tatsachenkomplex im Rahmen der §§ 264, 523 ZPO die Klagänderung als in besonderem Maße sachdienlich zu²⁵⁾.

22) Grunsky (JZ 1965, 399). Er sieht dagegen einerseits die Gestaltung materiell als wirksam vollzogen an, doch will er andererseits ein solches Vorbringen im Rahmen einer Klage nach § 767 ZPO zulassen. Er übersieht dabei, daß dies in jedem Falle durch § 767 II ausgeschlossen ist, weil der Grund der Einrede in einem solchen Falle stets schon vor der letzten Tatsachenverhandlung entstanden ist. Vgl. oben § 6 zu Fußnote 14.

23) BAG AP § 767 ZPO Nr. 1, Blomeyer § 90 II 2a bei Fußnote 4, Neuner S. 132.

Wieczorek hebt hervor, daß zur Vermeidung des Anscheins eines unrichtigen Urteils die Zurückweisung eines Vorbringens nach den genannten Vorschriften zurückhaltend geübt werden sollte (Wieczorek Kommentar § 279 Anm. A).

24) Schwab Prozeßaufrechnung S. 951, Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 529 Anm. III 1b. Vgl. Henckel ZZP 74, 183, 184.

25) Rosenberg-Schwab § 102 II 2b, Baumbach-Lauterbach § 264 Anm. 4B, RG JW 1935, 2897, BGH ZZP 79, 460 für den besonderen Fall des § 767 III ZPO mit einer dem Ergebnis zustimmenden Anmerkung von Schwab. Schwab hält das Ergebnis, die Effektivität der Zwangsvollstreckung nicht durch schrankenlose Zulassung von Einwendungen zu gefährden, gleichfalls für erwünscht und bejaht daher den Ausschluß nachfolgenden Vorbringens. Er lehnt es allerdings ab, hier eine Klageänderung zu sehen, und begründet den Ausschluß mit § 279 ZPO. Auch zieht er eine analoge Anwendung des § 529 V ZPO in Betracht.
(Fort. n. S.)

Es ist daher das Geltendmachen einer Gestaltung, das nach §§ 279, 279a, 523, 529 II, III, V ZPO in einem Prozeß zurückgewiesen worden ist, aus prozeßwirtschaftlichen Gründen auch in allen folgenden Verfahren innerhalb des oben § 3 I 1 genannten Rahmens auszuschließen, auch wenn ihm ein neuerlicher Gestaltungsvollzug zugrundeliegt²⁶⁾.

Im oben genannten Beispiel der zurückgewiesenen und daher materiellrechtlich unwirksamen Aufrechnung kann der Gestaltungsberechtigte also sein Gestaltungsrecht infolge des prozessualen Ausschlusses nicht nachfolgen von neuem ausüben und in einem neuerlichen Prozeß geltend machen.

Dasselbe gilt auch für den vergleichbaren Fall der Wiederaufnahme eines Prozesses im österreichischen Recht²⁷⁾.

b) Vergleich der Folgen einer nach den §§ 279, 279a, 523, 529 II, III, V ZPO ausgesprochenen Zurückweisung mit dem Ausschluß des Gestaltungsvorbringens durch die Rechtskraft

Läßt man das hier zu behandelnde Gestaltungsvorbringen auch nach Eintritt der Rechtskraft noch zu, so hat das folgende Konsequenz: Übt eine Partei vor der letzten mündlichen Verhandlung ihr Gestaltungsrecht aus und wird sie damit vom Gericht als verspätet zurückgewiesen, so kann sie dieses Recht auch in einem nachfolgenden Prozeß nicht mehr vorbringen. Unterläßt sie den Gestaltungsvollzug hingegen, so steht dessen Nachholung und Geltendmachung im zweiten Verfahren nichts entgegen. Die frühzeitig gestaltende Partei stünde also schlechter als die abwartende²⁸⁾.

Aus diesem Vergleich ergibt sich mithin, daß ein Ausschluß auch der Geltendmachung nicht vorgebrachter Gestaltungen sich am sinnvollsten in das Prozeßrecht einordnete.

Fortsetzung von S. -52-

25) Der BGH (LM § 523 ZPO Nr. 1) lehnt konsequenterweise die Sachdienlichkeit einer Klagänderung nur dann ab, wenn durch Zulassung der Änderung über einen völlig neuen Streitstoff zu entscheiden wäre.

26) Neuner S. 132. Besonders ausführlich Martin S. 96 ff. Für die Vollstreckungsgegenklage vertreten diese Auffassung Schwab ZZP 79, 463, Baumbach-Lauterbach § 767 Anm. 4A, Blomeyer § 90 II 2a, Rosenberg Lehrbuch § 183 III 2a. Dasselbe muß aber auch für jeden anderen Prozeß gelten, für den die in der Vorentscheidung festgestellte Rechtsfolge präjudizielle Bedeutung hat.

Für die Berufungsinstanz: Baumbach-Lauterbach § 529 Anm. 5A, Zöllner-Karch § 529 Anm. 6, Kauppert § 15 III 2a, Rosenberg-Schwab § 138 II 2c.

27) Stagel-Michelmayr § 530 Anm. D 8, OLG Wien EvBl 1949 Nr. 394.

28) Darauf weist auch Henckel ZZP 74, 174 hin.

Die Frage, wie weit dabei ein Verschulden der Partei an der Verspätung des Vorbringens zu berücksichtigen ist, soll hier zunächst ausgeklammert und in einem eigenen Abschnitt behandelt werden²⁹⁾.

II) Der Ausschluß von Parteihandlungen innerhalb eines Prozesses

Bisher wurde der Grundsatz der Prozeßökonomie nur im Verhältnis zweier Prozesse geprüft. Er muß aber auch anhand derjenigen Normen untersucht werden, die den Ausschluß von Einrede nicht für das Verhältnis mehrerer Verfahren zueinander, sondern den Ablauf innerhalb eines Prozesses regeln.

1) Der Ausschluß innerhalb einer Instanz

Hier zu nennende Normen sind die §§ 274 I, 504 ZPO für die Geltendmachung einer prozeßhindernden Einrede, § 389 III 2 bei der Frage des Zeugnisverweigerungsrechts des Zeugen sowie § 767 III für die Einreden zur Begründung einer Vollstreckungsgegenklage³⁰⁾.

Ob eine Parteiausführung ausgeschlossen sein soll, ist in anderen Fällen dem Ermessen des Gerichts überlassen. Wenn ein Parteivorbringen die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und nach freier Überzeugung des Gerichts von der Partei aus Prozeßverschleppungsabsicht nicht früher erfolgt ist, so kann das Gericht dieses Vorbringen zurückweisen, §§ 279 I, 283 II, 523 ZPO³¹⁾.

Auch kann das Gericht bei einer Prozeßverzögerung der betreffenden Partei die Kosten teilweise oder ganz auferlegen, §§ 278 II, 97 II. All das ist ein Ausfluß der Konzentrationsmaxime³²⁾ und wurde, in Erkenntnis der zu großen Liberalität der ZPO 1877 hinsichtlich der zeitlichen Ausschlussgrenzen des Parteivorbringens, zum Teil erst durch die Novellengesetzgebung von 1909, 1924 und 1933 eingeführt³³⁾.

29) Unten § 9.

30) § 767 III hat Bedeutung nicht nur im Verhältnis von mehreren Vollstreckungsgegenklagen gegen denselben Titel zueinander, sondern auch innerhalb der Verhandlung über eine solche Klage.

31) Vgl. RGZ 162, 291, 172, 194, BGH JZ 1955, 303, auch BGHZ 15, 50 f (dazu aber RG JW 1936, 3051). Solange Prozeßverschleppungsabsicht oder Nachlässigkeit nicht erwiesen sind, darf nicht zurückgewiesen werden, RGZ 147, 303, BGH NJW 1951, 358 zu VIII.

32) Rosenberg-Schwab § 62 II 5, Stein-Jonas-Pohle § 278 Anm. I 2, Blomeyer § 23 III 4, Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 28 IV.

33) Vgl. Blomeyer § 23 III.

Daraus läßt sich erkennen, daß das Gesetz trotz des Grundsatzes der Einheit der mündlichen Verhandlung und der Ablehnung der Eventualmaxime³⁴⁾ dazu neigt, eine Verschleppung des Prozesses durch den Ausschluß der entsprechenden Parteihandlungen zu unterbinden.

Auch hier zeigt sich die Tendenz des Prozeßrechts zu möglichst weitgehendem Ausschluß des Gestaltungsvorbringens.

2) Der Ausschluß im Verhältnis mehrerer Instanzen innerhalb desselben Prozesses

Dieselbe Zielrichtung findet sich im Verhältnis der verschiedenen Instanzen zueinander. Verteidigungs- und Angriffsmittel der Parteien, die in einer vorausgehenden Instanz vorgebracht worden sind oder aber geltend gemacht hätten werden können, sind vom Gericht in der Berufungs- oder Revisionsinstanz nach freiem Ermessen zurückzuweisen, wenn ihre nicht rechtzeitige Geltendmachung auf Verschleppungsabsicht oder grober Nachlässigkeit beruht und ihre jetzige Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde, §§ 528, 529 II, III, V, 566 ZPO³⁵⁾. Die Geltendmachung der Aufrechnung kann ausgeschlossen werden, wenn der Gegner nicht einwilligt oder wenn sie nicht sachdienlich ist, § 529 V ZPO. Die Sachdienlichkeit ist nur dann zu bejahen, wenn etwa dem Aufrechnungsgegner hinsichtlich der Einrede der Verlust einer Instanz in dem betreffenden Falle zumutbar wäre³⁶⁾.

Die gleiche Tendenz, die Parteien zu ihrem Vorbringen möglichst in der ersten Instanz anzuhalten, findet sich schon bei der ersten Beratung der ZPO. Hier vertrat man die Ansicht, es sei zweckmäßiger, über Einreden des Schuldners in der Vollstreckungsinstanz und nicht in der Berufungsinstanz zu verhandeln³⁷⁾. Das Gericht, das über die Klage nach § 767 ZPO entscheidet, ist dasselbe wie das der ersten Instanz (§ 767 I).

III) Ergebnis

Aus dem allgemeinen Ausschlußsystem der ZPO ergibt sich deren Tendenz auch zum allgemeinen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens durch die Rechtskraft.

34) Lent-Jauernig aaO § 28 II, Rosenberg StJZ 1950, 313. Hiernach sind die Parteien grundsätzlich mit ihren Anträgen und Behauptungen nicht an bestimmte Verfahrensabschnitte gebunden.

35) BGHZ 5, 373, BGH LM § 529 ZPO Nr. 5. Für die Revisionsinstanz ist die Zahl der noch vorzubringenden Tatsachen allerdings klein, vgl. Wieczorek Kommentar § 561 Anm. B III. Beispiele: RGZ 148, 400, 108, 143, BGH MDR 1951, 98.

36) BGHZ 5, 373, vgl. auch BGHZ 17, 124, 29, 342 f, BGH NJW 1966, 1029, Blo-meyer § 103 III 5 am Ende.

37) Vgl. oben § 3 zu Fußnote 35.

B) Das Erfordernis der Rechtssicherheit

Als nächstes ist das Erfordernis der Rechtssicherheit zu berücksichtigen. Läßt man das fragliche Gestaltungsvorbringen in einem zweiten Prozeß noch zu, so ergeht die Entscheidung im ersten Verfahren mittelbar immer unter dem Vorbehalt, daß nicht noch nachträglich gestaltet werde. Die Rechtssicherheit ist um so größer, je weiter die Untersuchung durch das Gericht und damit die Rechtskraftwirkung des Urteils³⁸⁾ reicht und je mehr daher an späterem entgegengesetztem Vorbringen ausgeschlossen ist³⁹⁾.

Ein Prozeß dient der Klärung der jeweils bestehenden Rechtslage. Es soll nur festgestellt werden, welche Rechtsfolgen sich aus den materiellen Normen ergeben, die zum für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt verwirklicht sind. Es soll die "subjektive" Ungewißheit der Parteien über diese Rechtslage beseitigt werden⁴⁰⁾. Damit ist die Aufgabe des Prozesses erfüllt. Gibt das materielle Recht die Möglichkeit, etwa durch eine Gestaltung weitere Grund- oder Gegennormen zu verwirklichen und damit die zunächst bestehende Rechtslage zu verändern, so kann nicht vom Prozeß verlangt werden, diese "objektive" Ungewißheit zu beseitigen⁴¹⁾. Das Verfahren soll nicht die materielle Rechtslage umgestalten⁴²⁾ oder auf eine solche Umgestaltung hinwirken⁴³⁾. Grundsätzlich steht es den Parteien frei, eine rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge nachfolgend durch Herbeiführung neuer Tatsachen zu verändern und auf richterliche Feststellung dieser umgestalteten Rechtslage zu klagen⁴⁴⁾. Mit der Klärung der subjektiven Ungewißheit ist das berechnete Bedürfnis der Parteien nach Rechtssicherheit daher erfüllt⁴⁵⁾. Diese spricht nicht für einen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens durch die Rechtskraft.

C) Der Ausschluß als Strafe für nachlässige Prozeßführung

Wenn das Prozeßrecht einen Ausschluß bestimmter Parteihandlungen anordnet, dann vor allem, um damit den Prozeßablauf ökonomischer zu gestalten⁴⁶⁾. Die

38) Oben § 5 zu Fußnoten 51 ff.

39) Zu dieser Frage der Abgrenzung des Untersuchungsbereichs des Gerichts vgl. Sauer Prozeßrechtslehre § 16 III 1e.

40) Lent DR 1942, 872.

41) Lent aaO.

42) Das gilt nicht für die Gestaltungsklage.

43) Lent DR 1942, 872.

44) Dem steht die Rechtskraft des Ersturteils grundsätzlich nicht entgegen, oben § 5.

45) So im Ergebnis auch Lent DR 1942, 871.

46) Oben A.

Drohung eines Ausschlusses soll die Partei anhalten, die betreffende Prozeßhandlung frühzeitig vorzunehmen. Dieser Ausschluß⁴⁷⁾ trägt insofern einen gewissen Strafcharakter und ist als Folge nachlässiger Prozeßführung zu betrachten⁴⁸⁾. Er ist vergleichbar mit den Ordnungsstrafen, die das Gericht über säumige Prozeßbeteiligte verhängen kann, wie etwa nach §§ 380, 390, 409, 411, 890 ZPO.

Gleichwohl steht der Gedanke im Vordergrund, die Parteien durch die Androhung, gewisser nachteiliger Folgen mittelbar zu bestimmten Prozeßhandlungen zu zwingen. An der Anordnung solcher Folgen hat das Prozeßrecht nur insoweit ein Interesse, als damit das erwünschte konkrete Verhalten der Partei veranlaßt werden kann. Für eine Verhängung der Strafe im Sinne einer Sühne oder einer Vergeltung, wie sie im Strafrecht mit entscheidend ist⁴⁹⁾, besteht kein Bedürfnis⁵⁰⁾.

Diesem Gesichtspunkt läßt sich daher kein zusätzliches Argument für einen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens entnehmen.

D) Zusammenfassung, Ergebnis

Aus dem allgemeinen Ausschlußsystem der ZPO und aus den Grundprinzipien der Prozeßökonomie und der Konzentration ergibt sich die Tendenz des Prozeßrechts zum Ausschluß des Gestaltungsvorbringens⁵¹⁾.

§ 9 Die subjektive oder objektive Auslegung des Begriffs des Gestalten-'Könnens'

Bisher wurde die Frage ausgeklammert, wie weit ein Verschulden der Partei an der Verspätung ihres Vorbringens für den Eintritt ihres Ausschlusses zu berücksichtigen ist¹⁾. Dies ist nun noch zu prüfen.

Problematisch ist der Ausschluß des Vorbringens, wenn die zugrundeliegende Gestaltung schon vor dem prozessual maßgeblichen Zeitpunkt hätte vollzogen werden können. Dieses 'Können' kann in objektivem oder auch in subjektivem Sinne verstanden werden. Objektiv vollzogen werden kann eine Gestaltung, so-

47) Zum Begriff der prozessualen Versäumung vgl. Goldschmidt Rechtslage S. 344 ff.

48) So Lent DR 1942, 870. Vgl. auch Bettermann § 17 Anm. 58.

49) Vgl. Maurach Allgemeiner Teil § 7 I.

50) Es wird überall betont, daß die Ordnungsstrafe nach §§ 380, 390, 409, 411 ZPO keine "strafrechtliche" Strafe sei, vgl. statt vieler Baumbach-Lauterbach § 380 B II a 3, Göppinger NJW 1967, 178. Vgl. auch Goldschmidt Rechtslage S. 353. Daher zu weit gehend Fischer ZZP 43, 96.

51) So auch Rosenberg-Schwab § 156 I.

Die Frage, wie weit ein Verschulden der Partei an ihrem späteren Vorbringen zu berücksichtigen ist, wird unten § 9 behandelt.

1) Oben § 8 Fußnote 51.

bald die Gestaltungslage besteht. Subjektiv ist sie erst möglich, wenn der Berechtigte zur Ausübung auch in der Lage ist.

Für die Frage des Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens ergeben sich daher drei grundsätzliche Lösungsmöglichkeiten. Einmal könnte man das Vorbringen ausschließen, wenn die objektive Gestaltungsmöglichkeit bestand. Zum andern könnte der Ausschluß nur für die Fälle des subjektiven Gestalten-¹'Könnens' bejaht, ansonsten aber abgelehnt werden. Zum dritten wäre die unbeschränkte Zulässigkeit denkbar.

1) Der Begriff des subjektiven 'Könnens'

Vor einer Prüfung der Alternative von subjektiver und objektiver Theorie muß festgestellt werden, wie der Begriff des subjektiven 'Könnens' im einzelnen zu verstehen ist.

1) Inhaltliche Abgrenzung des subjektiven 'Könnens'

Ein subjektives Unvermögen zum Gestaltungsvollzug kann sich aus der Unkenntnis des Berechtigten von seinem Recht ergeben. Diese kann hier nur dann beachtlich sein, wenn sie auf einem Irrtum über tatsächliche Voraussetzungen dieses Rechts beruht²⁾. Kennt der Gestaltungsberechtigte dagegen alle tatsächlichen Grundlagen und zieht er nur die sich daraus ergebende rechtliche Konsequenz der Gestaltungsbefugnis nicht, so kann das nicht berücksichtigt werden³⁾.

Kein Element des rechtlichen 'Könnens' ist das Wollen des Berechtigten. Vollzieht er eine Gestaltung nur deshalb nicht, weil er sich etwa unter dem Eindruck einer Drohung davon abzusehen entschließt⁴⁾, so kann dies sein Vermögen zur Gestaltung nicht berühren⁵⁾.

Subjektives Unvermögen im hier relevanten Sinne bedeutet also Unkenntnis des Gestaltungsberechtigten von seinem Recht aufgrund eines Tatsachenirrtums.

2) RGZ 132, 4.

3) Vgl. RGZ 131, 1; RG JW 1935, 2716; RGRK-BGB § 2082 Anm. 14, 18; Palandt-Danckelmann § 121 Anm. 2, Palandt-Keidel § 2082 Anm. 2.

4) Wie etwa im Falle des § 123 BGB, vgl. unten § 13 II 2.

5) Im ergebnis ebenso: OLG Stuttgart NJW 1955, 1562 (für die Anfechtung aus § 123 BGB); OLG Hamburg MDR 1953, 558; OLG Dresden OLGRspr 16, 292 für den Rücktritt; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 767 Anm. II 2c; Schuler NJW 1956, 1497 ff (für die Anfechtung allgemein); Mohrbutter A II 3 Ziff. 7. Damit ist nicht gesagt, daß die Zwangslage des Gestaltungsberechtigten etwa im Falle des § 123 BGB nicht in anderer Weise berücksichtigt würde, unten § 11 B II 3.

2) Abgrenzung des subjektiven 'Könnens' nach dessen Voraussetzungen

Diese Unkenntnis kann schuldlos verursacht sein oder aber auf leichter oder grober Fahrlässigkeit beruhen. Es fragt sich, ob positive Kenntnis von der Gestaltungsmöglichkeit allein schaden soll oder auch grob oder gar leicht fahrlässige Unkenntnis⁶⁾.

Das Gesetz unterscheidet ausdrücklich zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit. In vergleichbaren Fällen knüpft es an grob fahrlässiges Verhalten dieselben Rechtsfolgen wie an vorsätzliches⁷⁾. Leichte Fahrlässigkeit hat in der Regel keine für die betreffende Partei nachteiligen Folgen. Das bestimmen etwa die §§ 279 I und 529 II ZPO und über die Verweisung des § 325 II ZPO der § 932 II BGB. Diese Regelung ist sachgerecht. Der Ausschluß eines Parteivorbringens ist die Folge nachlässiger Prozeßführung und der damit verbundenen Minderung der Schutzwürdigkeit der Partei⁸⁾. Es wäre unangemessen hart, würde man diesen Ausschluß schon bei nur leicht fahrlässigem Verhalten eintreten lassen. Hierfür ist der Verstoß der Partei gegen die Pflicht zur loyalen und ökonomischen Prozeßführung⁹⁾ subjektiv zu gering. Eine leicht fahrlässig bedingte Unkenntnis eines Gestaltungsberechtigten von seinem Recht schadet nicht¹⁰⁾.

Anders dagegen ist beim grob fahrlässigen Verhalten zu entscheiden. Jede Partei ist verpflichtet, den Prozeß gewissenhaft und loyal zu führen¹¹⁾. Daraus resultiert zwar keine allgemeine Pflicht zur frühzeitigen Geltendmachung einer Einrede¹²⁾. Es mindert sich aber bei einem Verstoß gegen dieses Gebot die Schutzwürdigkeit der betreffenden Partei. In diesem Falle muß, wenn grob fahrlässiges Verhalten vorliegt, der Ausschluß in gleicher Weise eintreten wie bei positiver Kenntnis¹³⁾. Diese Regelung paßt sich auch am besten in das geschriebene Recht ein¹⁴⁾.

6) Diese Fragestellung erkennen vor allem Lent (DR 1942, 870) und Mohrbutter (A II 3 Ziff. 7 zu Fußnote 101). Das OLG Stuttgart (NJW 1955, 1562), Schuler (NJW 1956, 1497) und Stein-Jonas-Schönke-Pohle (§ 767 Anm. II 2) begnügen sich mit der allgemeinen Feststellung, daß das Gestalten-'Können' subjektiv aufzufassen sei.

7) Vgl. Goldschmidt Rechtslage S. 355 f.

8) Lent aaO; Bettermann Anm. 73 a vor § 2; Fischer ZZP 43, 96.

9) Unten Fußnote 11.

10) So auch Lent aaO; offenbar anderer Ansicht Lent-Jauernig (Zwangsvollstreckung § 12 II), nach denen auch leichte Fahrlässigkeit schaden soll. Auch Mohrbutter (A II 3 Ziff. 7) spricht nur von "Verschulden", ohne weiter zu differenzieren.

11) Rosenberg-Schwab § 2 III 2.

12) Vgl. Goldschmidt Rechtslage S. 107, der die aus § 138 ZPO abgeleitete Erklärungsspflicht der Parteien nicht als "Pflicht", sondern als "Last" bezeichnet, deren Nichtbeachtung die gleichen Folgen haben könne wie die Versäumung der betreffenden Erklärung selbst.

Nur bei § 616 ZPO wird die Auffassung vertreten, daß allein positive Kenntnis schade¹⁵⁾. Eine Begründung hierfür wird indes nirgends gegeben. Es ist nicht ersichtlich, warum gerade im Eheprozeß, der auf möglichst weitgehende Erledigung aller Klagegründe in einem Verfahren drängt¹⁶⁾, grob fahrlässige Unkenntnis den Ausschluß abwenden soll.

3) Der Begriff des subjektiven 'Könnens'

Subjektives Gestalten-'Können' ist also immer dann und nur dann gegeben, wenn der Gestaltungsberechtigte die tatsächlichen Voraussetzungen seines Rechts kannte oder infolge von grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Nur in diesen Fällen kann bei Anwendung der subjektiven Theorie ein Ausschluß des Gestaltungs-vorbringens eintreten.

II) Die Entscheidung zwischen subjektiver und objektiver Theorie

Nunmehr kann die Alternative von subjektiver und objektiver Theorie untersucht werden.

Bei der Rechtskraft ist nach nahezu einhelliger Meinung die objektive Theorie anzuwenden¹⁷⁾, mit Ausnahme des Sonderfalls des § 407 I BGB¹⁸⁾. Nur Rosenberg-Schwab sprechen sich neuerdings für die subjektive Theorie aus¹⁹⁾.

Bei der Vollstreckungsgegenklage wird dagegen auch diese Theorie in größerem Umfang vertreten²⁰⁾.

Fortsetzung von S. -59-

- 13) So auch Lent DR 1942, 870; Bettermann Anm. 73a vor §2; Fischer ZRP 43, 96.
So wohl auch zu verstehen der Österreichische OGH zur Abgrenzung der Gründe der Wiederaufnahmeklage (Stagel-Michelmayr § 530 Anm. E 2, 5, 7); vgl. oben § 2 Fußnoten 90, 92.
- 14) Vgl. §§ 279 I, 529 II ZPO.
- 15) RG HRR 1931 Nr. 701; RGZ 126, 265; Wieczorek Kommentar § 616 Anm. B III a 1.
- 16) Vgl. Rosenberg-Schwab § 167 III 6.
- 17) RGZ 144, 220; Baumbach-Lauterbach Einf. 3B vor § 322; Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. VIII 4; Hellwig-Oertmann System II § 234 II, § 246 III 1 Habscheid AcP 152, 169; Heimtrennungsklage S. 34; Zöllner-Scherübl § 767 Anm. 2a; Oertmann Grundriß § 136 2b; Blomeyer (§ 90 V 1) wendet nur für gewisse Gestaltungs-klagen im Gesellschaftsrecht die subjektive Theorie an, ansonsten die objektive (§ 90 II 1).
- 18) In diesem Falle könne der Schuldner erst infolge der Kenntniserlangung nicht mehr befreiend an den früheren Gläubiger leisten. Diese Kenntnis sei Tatbestandsmerkmal der Einrede. So statt vieler: Sydow-Busch § 767 Anm. 7a; Förster-Kann § 767 Anm. 3c/bb; Reichel S. 1 ff; Baumbach-Lauterbach § 767 Anm. 4B; Hellwig Rechtskraft S. 405 f; Rosenberg Lehrbuch § 183 III 2a; RGZ 84, 292; RG HRR 1932, 1001.
- Schuler (NJW 1956, 1500) versucht, in Analogie zu § 407 I die Kenntnis des Anfechtungsberechtigten von seinem Gestaltungsrecht als Tatbestandsmerkmal der dieses Recht gewährenden Normen zu behandeln und auf diese Weise zur Berücksichtigung des subjektiven Merkmals zu kommen.

(Forts. n. S.)

1) Das Erfordernis der Klarheit der Rechtskraftgrenzen

Die Vertreter der objektiven Theorie führen für ihre Auffassung in erster Linie den Hinweis an, die Grenzen der Rechtskraft müßten klar zu bestimmen sein, und man dürfe sie daher nur nach einem objektiven Maßstab festlegen. Eine Berücksichtigung von subjektiven Merkmalen führe unvermeidlich zu einer allgemeinen Rechtsunsicherheit²¹⁾.

Es fragt sich, ob diese Überlegung die Ablehnung der subjektiven Theorie rechtfertigen kann.

Bei der Abgrenzung der zeitlichen Rechtskraftgrenzen geht es um die Subsumierung eines tatsächlichen Vorgangs, der Gestaltung unter die Ausschlussvorschrift. Ist diese Subsumierung eindeutig möglich, so kann auch für jedes Parteivorbringen ebenso eindeutig festgestellt werden, ob es den Tatbestand der betreffenden Norm erfüllt. Eine Trennung des ausgeschlossenen von dem noch zulässigen Vorbringen und damit eine klare Bestimmung der zeitlichen Rechtskraftgrenzen wäre dann in aller nötigen Schärfe möglich.

Fortsetzung von S. -60-

19) Rosenberg-Schwab § 156 I. Vgl. aber noch Schwab Streitgegenstand S. 166 f.

20) So die oben Fußnote 5 Zitierten.

Dagegen vertreten auch hier die objektive Theorie: RG JW 1913, 103; 1894, 120; 1917, 45; RGZ 100, 100; RG SeuffArch 83 Nr. 176; 63 Nr. 76; BGHZ 24, 97; 34, 279; BGH NJW 1964, 1797; OLG Naumburg JW 1936, 1863; SchlH OLG SchlHA 60, 206; Lent DR 1942, 870; Lent-Jauernig Zwangsvollstreckung S. 33; Leonhard Aufrechnung S. 156 f; Struckmann-Koch § 767 Anm. 4; Herriger JW 1936, 1863; Förster-Kann § 767 Anm. 4B; Weismann Lehrbuch S. 99 f; Sydow-Busch § 767 Anm. 7a; Schönke-Baur § 43 III 1b; Bruns S. 60 f; Hellwig-Oertmann System II S. 197; Pagenstecher Eventualaufrechnung S. 80; Koeßler ZZP 44, 35; Rosenberg Lehrbuch § 183 III 2a. Einmal hat der BGH (NJW 1963, 538 mit zustimmender Anmerkung von Nirk) ein Gestaltungsvorbringen noch zugelassen, bei dem die Gestaltung schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt vollzogen worden war. Ihre prozessuale Geltendmachung war von dem Gericht zurückgewiesen worden, da dieses sich als dafür unzuständig erklärte (es handelte sich dabei um ein Schiedsgericht). Damit berücksichtigt der BGH aber nicht etwa ein subjektives Element. Die Möglichkeit zur Geltendmachung ist hier vielmehr ebenso nach objektiven Merkmalen abgegrenzt wie die eines materiellen Gestaltungsvollzugs. Es war nicht etwa nur gerade dem Schuldner möglich, sich auf die Gestaltung zu berufen. Wegen der Weigerung des Gerichts aus Gründen der Unzuständigkeit wäre auch jede andere Partei mit diesem Vorbringen ausgeschlossen gewesen. Die Gründe für die Unmöglichkeit lagen nicht in der Person der betreffenden Partei. Vgl. auch Habscheid ZZP 76, 379 f und oben § 5 Fußnote 19.

21) So vor allem Lent DR 1942, 870; Habscheid AcP 152, 172; Pagenstecher Eventualaufrechnung S. 79; RG JW 1894, 120. Eine eingehende Begründung fehlt indes überall.

Eine solche eindeutige Subsumtion könnte nur an zwei Dingen scheitern. Einmal könnte der Tatbestand der betreffenden Norm unklar gefaßt sein, und zum andern ist der zu subsumierende Tatsachenvorgang möglicherweise hinsichtlich seiner tatbestandserheblichen Merkmale zu wenig oder überhaupt nicht feststellbar.

Für die erstere Möglichkeit gibt es keine Bedenken. Das entsprechende Tatbestandsmerkmal der Ausschlußnorm würde positive Kenntnis oder Unkenntnis infolge grober Fahrlässigkeit verlangen²²⁾. Das sind Kriterien, die das Gesetz auch an anderen Stellen und in anderen Rechtsgebieten (vor allem etwa im Strafrecht) verwendet, und für die sich einigermaßen klare Begriffsbestimmungen herausgebildet haben. Eine Ausschlußnorm, die diese Tatbestandsmerkmale enthält, wäre durchaus klar und eindeutig gefaßt.

Es bleibt zu prüfen, inwieweit sich eine Unklarheit der Rechtskraftgrenzen aus mangelhaft eindeutiger Feststellung der jeweiligen Sachlage ergeben kann. Nach dem rechtskräftigen Abschluß eines Prozesses und der Erhebung einer neuen Klage mag ein langer Zeitraum liegen, so daß die Rekonstruktion des zur Zeit des Vorprozesses gegebenen Sachstands auf Schwierigkeiten stoßen kann. Dies trifft aber gleichermaßen für die Feststellung objektiver und subjektiver Tatsachen zu. Man kann zwar darauf verweisen, daß eine subjektive Gegebenheit schwerer nachzuweisen sei als eine objektive, da sie nur in der Person der betreffenden Partei existiere und nach außen nicht unmittelbar, sondern nur aufgrund von Indizien erkennbar sei. Dies spielt hier jedoch keine Rolle. Zwar muß die Einrede der Rechtskraft von Amts wegen berücksichtigt werden²³⁾. Damit ist nicht die Untersuchungsmaxime eingeführt. Es gilt der Verhandlungsgrundsatz²⁴⁾. Das Gericht ist in solchen Fällen allerdings zu verstärkter Aufklärung verpflichtet²⁵⁾. Etwaige Bedenken des Gerichts können nicht durch das Parteiverhalten ausgeschaltet werden²⁶⁾.

Dies gilt aber nur für Zweifel an der Zulässigkeit eines Parteivorbringens. Allein wenn sich diese aus dem Parteiverhalten ergeben, muß das Gericht weitere Aufklärung verlangen. Geligt es der betreffenden Partei dagegen schon nicht, die Zulässigkeit ihres Vorbringens wenigstens wahrscheinlich zu machen, hat das Gericht also Zweifel an der Unzulässigkeit des Vorbringens, so braucht es dem nicht weiter nachzugehen. Die Beweislast trägt die betref-

22) Oben I 2.

23) BGHZ 36, 367.

24) Rosenberg-Schwab § 78 II; Baumbach-Lauterbach Grundz. 3B vor § 128.

25) Rosenberg-Schwab § 78 II 3c; vgl. Baumbach-Lauterbach Grundz. 3D vor § 128.

26) Stein-Jonas-Pohle Anm. III 4b vor § 128; Rosenberg-Schwab § 78 II 3c.

fende Partei²⁷⁾. Bedenken des Gerichts gehen hier zu deren Lasten. Sollte es sich als schwierig oder unmöglich erweisen, in einem laufenden Prozeß festzustellen, ob die maßgebliche subjektive Tatsache schon während des ersten Verfahrens bestanden hat, so ist das Vorbringen als unzulässig zurückzuweisen.

Die Einbeziehung subjektiver Merkmale in den Tatbestand der Ausschußnorm kann also Unsicherheiten bei der praktischen Feststellung des zu subsumierenden Sachverhalts zur Folge haben. Eine sich daraus ergebende Zweideutigkeit bei der Subsumtion führt aber immer zum Ausschluß des betreffenden Parteivorbringens. Sie würde sich nie als Unsicherheit bei der Bestimmung der Rechtskraftgrenzen auswirken²⁸⁾.

Bedenken gegen die subjektive Theorie sind insofern also nicht begründet. Außerdem grenzt das Gesetz selbst in einigen Fällen die Rechtskraft nach subjektiven Gesichtspunkten ab. So enthalten etwa die §§ 616, 676 III ZPO, 54 PatG solche Tatbestandselemente. § 325 II ZPO, im Gegensatz zu diesen Vorschriften eine für die allgemeine Rechtskraft geltende Norm, macht die Wirkung der Rechtskraft gegen einen Rechtsnachfolger von dessen gutem Glauben abhängig, führt also das Tatbestandsmerkmal der groben Fahrlässigkeit (§ 932 II BGB) ein.

Auch die Vertreter der objektiven Theorie lassen im Falle einer Forderungsabtretung nach § 407 I BGB die subjektive Theorie zu²⁹⁾. Man begründet dies nur mit formalen Argumenten, nicht aber mit Erwägungen, welche die unterschiedliche Behandlung dieses Sonderfalls gegenüber der allgemeinen Ablehnung der subjektiven Theorie in der Sache selbst rechtfertigen können³⁰⁾. Auch deswegen können die Bedenken gegen eine Einbeziehung subjektiver Merkmale in den Tatbestand der Ausschußnorm nicht überzeugen.

Im österreichischen Recht wird die Zulässigkeit einer Wiederaufnahmeklage gleichfalls nach subjektiven Merkmalen abgegrenzt³¹⁾. Auch hier entstehen keine Schwierigkeiten durch die subjektive Theorie³²⁾, obwohl diese Klagart ähnliche praktische Bedeutung haben kann wie im deutschen Recht eine neuerliche Verurteilungsklage³³⁾.

27) So auch OLG Dresden OLG Rspr 16, 293.

28) Vgl. auch Lent DR 1942, 870. Alle diese Gesichtspunkte werden von diesem und den anderen oben Fußnote 21 Zitierten nicht geprüft.

29) Oben Fußnote 18.

30) Oben zu Fußnote 18.

31) Österreichischer OGH, zit. bei Stagel-Michelmayr § 530 Anm. E 10, 12.

32) Vgl. K. Wolff 4 VII c Ziff. 2b.

33) Vgl. oben § 2 zu Fußnoten 90 ff.

2) Die Unzulässigkeit der Überdehnung der Rechtskraftgrenzen

Martin spricht sich unter anderem aus folgendem Grund gegen die subjektive Theorie aus³⁴⁾. Nach Martin müßten die Überlegungen, die zu einer Anwendung dieser Theorie auf die erst nachträglich ausgeübten Gestaltungsrechte führen, konsequenterweise das gleiche Ergebnis haben bei den Fällen, in denen die Gestaltung schon vorzeitig ausgeübt worden ist, aber subjektiv nicht rechtzeitig prozessual geltend gemacht werden konnte. Da diese Gestaltungen sich qualitativ nicht von anderen den Tatbestand einer Grund- oder Gegennorm verwirklichenden Tatsachen unterscheiden, müßte man das Geltendmachen dieser Gestaltungen ebenso wie das anderer Tatsachen im Rahmen der subjektiven Theorie gleichfalls zulassen³⁵⁾.

Die Anwendung dieser Lehre auf die nachfolgend vollzogenen Gestaltungen würde daher den Kreis des noch nachträglich zulässigen Vorbringens im Prozeß nicht nur innerhalb dieser Gestaltungsrechte erweitern, sondern müßte darüber hinaus eine beträchtliche Ausdehnung der Rechtskraftgrenzen mit sich bringen. Die Bindung der Parteien an die erste Entscheidung wäre dadurch erheblich gelockert. Der Zweck der Rechtskraft, die Maßgeblichkeit der Entscheidung zu sichern³⁶⁾, wäre gefährdet³⁷⁾.

Dieser Schluß ist indessen nicht zwingend. Oben wurde dargelegt, daß die erst nachträglich ausgeübten Gestaltungen hinsichtlich eines prozessualen Ausschlusses eine Sonderstellung einnehmen. Ihre Geltendmachung im Prozeß kann infolge der Rechtskraft unzulässig sein, obwohl sie keine alten Tatsachen sind³⁸⁾. Der Gestaltungsvollzugsakt ist für sich gesehen eine neue Tatsache, die zu schaffen die Partei verpflichtet ist, will sie ihres Rechts nicht verlustig gehen³⁹⁾. Ein solches Ansinnen wird an eine Partei im Prozeß sonst kaum gestellt, und wo eine solche mittelbare Verpflichtung besteht, gilt wiederum die subjektive Theorie⁴⁰⁾.

Dieser Sondercharakter der Gestaltungen, aufgrunddessen an die Partei besondere Anforderungen gestellt werden, muß es rechtfertigen können, daß man zur Vermeidung von unbilligen Härten auch besondere Maßstäbe für die Frage der Ausschlußgrenzen anlegt.

34) Martin S. 104.

35) Auf die qualitative Gleichwertigkeit weist auch der BGH (ZZP 74, 301) hin.

36) Oben § 3 zu Fußnote 4.

37) Dies betont auch Blomeyer § 90 II 1.

38) Oben § 6 II.

39) Oben § 8 A I 3.

40) Vgl. etwa §§ 279, 529 II, III ZPO. Darauf weist auch Blomeyer § 90 II hin. Siehe auch oben zu Fußnoten 7 ff.

Wendet man beim Ausschluß der Gestaltungen, die erst nachfolgen vollzogen worden sind, die subjektive Theorie an, so ist es daher nicht inkonsequent, dies gleichwohl nicht auch bei den schon rechtzeitig ausgeübten Gestaltungsrechten zu tun und erst recht nicht bei allen anderen alten Tatsachen.

Die Bejahung der subjektiven Theorie bei den erst nachträglich vollzogenen Gestaltungen zwingt nicht zu einer Anwendung dieser Theorie auch bei den anderen einem Ausschluß unterliegenden Tatsachen⁴¹⁾. Da die Zulassung der erst nachträglich vollzogenen Gestaltungen allein im Rahmen der subjektiven Abgrenzung zu keinen Bedenken Anlaß gibt⁴²⁾, besteht keine Gefahr einer unzulässigen Überdehnung der Rechtskraftgrenzen.

3) Vergleich mit anderen Ausschlußnormen

Ein möglicher Ausschluß des Gestaltungsvorbringens nach der subjektiven Theorie ist nun noch, soweit das nicht schon geschehen ist⁴³⁾, in einen Vergleich zu anderen Ausschlußnormen zu setzen.

a) §§ 279 I, 529 II, III, V ZPO

Es wurde bereits von Lent nachgewiesen, daß die subjektive Theorie beim allgemeinen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens mit den §§ 279 I und 529 II, III, V ZPO nicht in Widerspruch, sondern gerade im Einklang stünde⁴⁴⁾. Bei dem Ansinnen, ein Gestaltungsrecht auszuüben und geltend zu machen, handele es sich um eine Frage der Prozeßführung. Nachlässigkeit im Prozeß gehe zu Lasten der betreffenden Partei⁴⁵⁾. Von Nachlässigkeit könne man aber nur da sprechen, wo die Partei eine grobe Fahrlässigkeit trifft. Unterließ sie eine bestimmte Prozeßhandlung aus leichter Fahrlässigkeit, oder kann ihr überhaupt kein Vorwurf gemacht werden, so könne sie dadurch mit der betreffenden Handlung nicht ausgeschlossen werden. Das sei der in den §§ 279 I und 529 II, III ZPO enthaltene Rechtsgedanke⁴⁶⁾.

Auch ein Ausschluß des Gestaltungsvorbringens nach diesen Vorschriften, der auch für nachfolgende Prozesse gilt⁴⁷⁾, tritt also nur innerhalb der subjektiven Möglichkeit zur Gestaltung ein⁴⁸⁾. Lent vertritt sogar die Auffassung, dieser Rechtsgedanke könne unmittelbar auch bei der Rechtskraft Anwendung fin-

41) Daher unzutreffend Blomeyer § 90 II 2a Fußnote 5, der mit dem BGH (BGHZ 34, 279 f) und dem RG (RGZ 64, 230 f) alle Einreden des Schuldners gleichstellt.

42) Vgl. Lent DR 1942, 870. Siehe unten 4.

43) Oben vor Fußnote 29.

44) Lent DR 1942, 870) Ebenso Mohrbuter A II 3 Ziff. 7.

45) Fischer (ZZP 43, 96) spricht von einem Ausschluß "gleichsam als Strafe". Vgl. oben § 8 C.

den⁴⁹⁾.

b) Die §§ 616, 767 III ZPO, 54 PatG

Die Zulässigkeit der subjektiven Theorie ist auch durch einen Vergleich mit den §§ 616, 767 III ZPO, 54 PatG zu prüfen. Diese Normen sind Ausnahmegeschriften, deren Sondercharakter durch eine Ausehnung der Rechtskraftgrenzen nicht verloren gehen darf. Darauf hat insbesondere Schwab hingewiesen⁵⁰⁾.

Ihnen liegt die subjektive Theorie zugrunde⁵¹⁾. Eine Anwendung dieser Theorie auch bei den erst nachträglich ausgeübten Gestaltungsrechten würde ihre Sonderstellung indes nicht beseitigen. Diese Normen erfassen nur alte Tatsachen, die mit dem Prozeßstoff nicht im Zusammenhang stehen⁵²⁾. Die hier fraglichen Gestaltungen sind gerade keine alten Tatsachen und hängen mit dem Streitstoff zusammen⁵³⁾. Schlösse man sie nach subjektiven Kriterien aus, so bedeutete das keine Verallgemeinerung des in den genannten Vorschriften enthaltenen besonderen Ausschlusses. Hier kann nichts anderes gelten als für die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens schlechthin. Diese Frage und die genannten Normen berühren sich nicht⁵⁴⁾.

4) Die Folgen einer Ablehnung der subjektiven Theorie für die Parteien.

Insbesondere das RG hat gegen die subjektive Theorie angeführt, daß diese Interpretation des Gestalten-'Könnens' in vielen Fällen den "Zweck des Gesetzes, das Urteil auf eine sichere Grundlage zu stellen, um es gegen spätere schikanöse Angriffe ... zu sichern"⁵⁵⁾, vereitele. Auch der BGH spricht sich mit aus diesem Grunde für die objektive Auslegung aus⁵⁶⁾.

Für die im vorausgehenden Prozeß siegreiche Partei wäre daher die objektive Theorie die günstigere⁵⁷⁾. Es sind aber auch die Folgen für den unterlegenen Gestaltungsberechtigten zu berücksichtigen⁵⁸⁾.

Fortsetzung von S. -65-

46) Nur § 529 V ZPO enthält das Merkmal des Verschuldens nicht. Diese Unterschiedlichkeit spielt für die vorliegende Frage aber keine Rolle, vgl. RGZ 119, 69; BGHZ 17, 124; OLG Celle NJW 1965, 1338.

47) Oben § 8 A 13.

48) Mit Ausnahme des § 529 V ZPO, oben Fußnote 46.

49) Lent DR 1942, 870. So auch Bötticher MDR 1963, 935. Vgl. oben I 2.

50) Schwab Streitgegenstand S. 164 ff.

51) Vgl. Schwab aaO.

52) Oben § 5 zu Fußnote 21.

53) Oben § 5 zu Fußnoten 37 ff bzw. § 6 II.

54) Oben § 5 Fußnote 40.

55) RG JW 1913, 103.

56) BGHZ 34, 279; BGH NJW 1964, 1797.

57) Vgl. auch RGZ 64, 228.

58) Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien im Prozeß, vgl. Zeuner Rechtskraft S. 94 zu Fußnote 4, auch unten § 11BI.

Geht man von der objektiven Theorie aus, so könnte einer gestaltungsberechtigten Partei die Berufung auf ihr Recht und damit dieses selbst endgültig entzogen werden, bevor es subjektiv ausgeübt hätte werden können. Dem Schuldner bliebe bei der Aufrechnung nach einem Ausschluß wenigstens noch seine Gegenforderung, die er in einer selbständigen Klage geltend machen kann. Der Rücktrittsberechtigte dagegen bliebe an einen Vertrag gebunden, an dem festzuhalten ihm wegen der betreffenden Umstände nicht mehr zumutbar ist⁵⁹⁾. Der nach § 123 BGB Anfechtungsberechtigte wäre dem Betrüger oder Erpresser ausgeliefert, wenn die Drohung oder die Täuschung während des Prozesses noch anhält, obwohl das Gesetz die subjektive Zwangslage des Gestaltungsberechtigten hier ausdrücklich berücksichtigt hat, § 124 I 1 BGB⁶⁰⁾.

All das hätte, worauf auch Lent hinweist⁶¹⁾, der Berechtigte zu tragen, ohne daß ihm eine Rückgewährsklage bliebe, und ohne daß für ihn subjektiv die Möglichkeit bestanden hätte, sein Recht auszuüben⁶³⁾. Er hätte allein die unsicheren und in vielen Fällen gar nicht einschlägigen Ansprüche aus § 826 BGB⁶⁴⁾ oder aus unerlaubter Handlung⁶⁵⁾.

Für die subjektive Theorie spricht also die materielle Einzelfallgerechtigkeit⁶⁶⁾.

5) Zusammenfassung, Ergebnis

Begründete Bedenken gegen eine Anwendung der subjektiven Theorie auf den Ausschluß des Gestaltungsvorbringens finden sich also nicht⁶⁷⁾. Soweit die Überlegungen im folgenden zu einer Bejahung des Ausschlusses führen, kann dieser mithin nur in den Fällen eintreten, in denen der Berechtigte positive Kenntnis von seinem Gestaltungsrecht hatte oder aber aus grober Fahrlässigkeit davon nicht wußte.

59) Dies betont auch das OLG Dresden OLGRspr 16, 293.

60) Darauf weist vor allem das OLG Stuttgart NJW 1955, 1562 hin. Vgl. auch Titze S. 429 ff.

61) Lent DR 1942, 870.

62) So auch OLG Dresden aaO, OLG Stuttgart aaO.

63) Lent DR 1942, 870; BGHZ 26, 391; 34, 279; BGH NJW 1951, 159; RGZ 155, 55 ff; 165, 28; 168, 12; 163, 189; Reinicke NJW 1952, 3; Gaul JuS 1962, 2 f.
Daß nach §§ 826, 829 BGB oft nur nach der Billigkeit entschädigt wird und daß die Höhe dieser Entschädigung durchaus nicht immer dem tatsächlichen Schaden entspricht, betont Schwartz S. 41.

64) BGH LM § 17 KO Nr. 3 mit weiteren Nachweisen.

65) Das betonen Siegert S. 72, 95 und Schuler NJW 1956, 1498.

66) Im Ergebnis so auch Rosenberg-Schwab § 156 I.

§ 10 Die allgemeine Tendenz des materiellen Rechts zur Ablehnung eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens

Im vorgehenden wurde nur die prozessuale Seite eines möglichen Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens berücksichtigt. Dieses Problem hat indes auch Bezüge zum materiellen Recht, die gleichfalls von der Untersuchung erfaßt werden müssen.

1) Die materielle Unwirksamkeit der prozessual nicht mehr geltend zu machenden Gestaltung

Hier ist vor allem zu nennen die materiellrechtliche Wirkung eines prozessualen Ausschlusses.

Durch eine Gestaltung wird oft nicht nur der rechtskräftig festgestellte Anspruch selbst gehemmt oder vernichtet, sondern auch ein Gegenrecht des Gestaltenden gegenüber der anderen Partei verbraucht. Dies ist der Fall vornehmlich bei der Aufrechnung, aber auch etwa beim Rücktritt vom Vertrage oder bei der Anfechtung einer Willenserklärung. Bei einer wirksamen Gestaltung hat dann der Schuldner seine Gegenrechte verloren und muß zugleich die Durchsetzung des gegen ihn gerichteten Anspruchs hinnehmen.

Der prozessuale Ausschluß des Gestaltungsvorbringens beruht vor allem auf dem Konzentrationsgrundsatz und dem Grundsatz der Prozeßökonomie¹⁾. Der Zweck eines Ausschlusses erschöpft sich im prozessualen Bereich. Verstünde man unter der Folge eines Ausschlusses außer dem Verbot des Vorbringens auch den Verlust eigener materieller Rechte, so wäre das weit mehr, als die prozeßrechtlichen Überlegungen rechtfertigen²⁾. Man ist sich deshalb im großen und ganzen im Ergebnis einig, daß der mit dem Vorbringen ausgeschlossenen Partei zumindest der wirtschaftliche Wert ihres Gestaltungsrechts erhalten bleiben muß³⁾.

Die Begründungen hierfür sind allerdings höchst unterschiedlich.

Die herrschende Meinung vertritt die Auffassung, daß eine Gestaltung, die prozessual nicht mehr geltend gemacht werden kann, auch materiellrechtlich unwirksam ist⁴⁾. Soweit dies überhaupt begründet wird⁵⁾, beruft man sich vor

1) Oben § 8.

2) Darauf weist auch Nikisch Prozeßaufrechnung S. 773 hin. Vgl. auch RGZ 64, 228; Mohrbutter A II 3 Ziff. 7.

3) Habscheid ZRP 76, 379; RG HRR 1935, Nr. 691 und die unten Fußnote 4 Zitierten. Anderer Ansicht: Oertmann Aufrechnung S. 111; Baumgärtel Prozeßhandlung S. 164; Grunsky JZ 1965, 391 ff.

4) Dies wird allerdings zumeist nur für den Fall der Aufrechnung ausgeführt. RG WarnRspr 1913 Nr. 389; HRR 1935 Nr. 691 mit zustimmender Anmerkung von Rosenberg ZRP 59, 229; RGZ 158, 149 f; BGHZ 16, 140; (Forts. n. S.)

allem auf historische Überlegungen, aufgrund derer man die formelle Liquidität der Gegenforderung bei der Aufrechnung als materiellrechtliche Bedingung für den Gestaltungsvollzug ansieht⁶⁾. Die Vertreter der prozessualen Theorie bei der Prozeßaufrechnung kommen naturgemäß zu einer Unwirksamkeit dieser Gestaltung⁷⁾.

Neuerdings hat Schwab den in § 139 BGB enthaltenen Rechtsgedanken herangezogen⁸⁾. Materielle Gestaltung und prozessuale Geltendmachung seien im Ganzen als einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB anzusehen, und wenn dessen einer Teil, nämlich die prozessuale Geltendmachung, unwirksam sei, so müsse diese Unwirksamkeit auch den anderen, materiellen, Teil ergreifen.

Einer Divergenz zwischen dem prozessualen und dem materiellen Recht im genannten Sinne kann man nicht nur dadurch begegnen, daß man die Gestaltung unwirksam sein läßt. Man kann ihr auch zunächst volle Wirksamkeit zukommen lassen, dem Schuldner aber aus § 812 I 2 BGB einen Anspruch gegen den Gläubiger auf Wiedereinräumung des untergegangenen Gegenrechts geben. Dies vertritt Martin⁹⁾.

Fortsetzung von S. -68-

- 4) 17, 126; Kohler Z郑 20, 17f, 40; Neuner S. 131 (unklar); Schuler NJW 1956, 1498; Zeuner Rechtskraft S. 97 Anm. 7; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 767 Anm. C II a (allerdings unklar. Nach ihnen wird der Bestand der Gegenforderung durch eine Aufrechnung, die mit der Vollstreckungsgegenklage nicht mehr geltend gemacht werden kann, "selbstverständlich nicht berührt". Es bleibt offen, ob dies heißen soll, daß der Einrede-Ausschluß auf die materielle Gestaltung keinen Einfluß habe). Ferner: Baumbach-Lauterbach § 767 Anm. 4B; RGRK-BGB § 389 Anm. 3; Nikisch Prozeßaufrechnung S. 786 ff; Henckel Z郑 74, 175, allerdings nur für die Aufrechnung; Goldschmidt Lehrbuch § 43 Anm. 31; Bruns S. 60 f.
Anderer Ansicht Kauppert S. 89; Nikisch Prozeßaufrechnung S. 788 (ohne Begründung); Oertmann Aufrechnung S. 111; Martin S. 152 ff und die oben Fußnote 3 Zitierten; auch Habscheid Z郑 76, 374.
- 5) Ohne Begründung: BGHZ 16, 124 ff; 24, 97 mit Berufung auf das RG Z郑 59, 226; Rosenberg Z郑 59, 229; Blomeyer § 60 II 4, der sich nur auf andere beruft (unten Fußnote 6); Neuner S. 132; Nikisch Prozeßaufrechnung S. 788.
- 6) Vor allem Henckel Z郑 74, 174 ff; vgl hierzu Schwab Prozeßaufrechnung S. 951. Zustimmend Blomeyer § 60 II 4, ablehnend Kauppert § 15 IV, insbesondere 2e; Larenz Schuldrecht I § 27 III a 3. Für den materiellen Bestand eines Rechts sind Liquidität und prozessuale Beweisbarkeit (die "Evidenz") dagegen nicht Bedingung, vgl. BayObLGZ 18, 295; Rosenberg-Schwab § 1 V 1; Neuner S. 5; aber auch Stubenrauch §§ 1438/1440 Anm. III Fußnote 2, Oertmann Aufrechnung S. 79 ff, S. 9 Fußnote 21, Binder S. 105 f.
- 7) Nach dieser Theorie ist der Vollzug der Aufrechnung eine Prozeßhandlung, die im Falle der Zurückweisung durch das Gericht wirkungslos bleibt. Nach der zivilistischen Lehre bleibt dagegen auch die Prozeßaufrechnung ein materielles Rechtsgeschäft. Die erstere Theorie wird vor allem von Nikisch vertreten (Nikisch Prozeßaufrechnung S. 765 ff). Einen Überblick über die sonstigen Vertreter der Theorie und über die der zivilistischen Auffassung geben Schwab Prozeßaufrechnung S. 952 Fußnote 26, Henckel Z郑 74, (Forts. n. S.)

Schließlich läßt sich das genannte Problem dadurch lösen, daß man dem Schuldner sein Gegenrecht zwar endültig nimmt und ihm auch verbietet, die Vollstreckung durch eine Klage nach § 767 ZPO zu verhindern, ihm aber aus § 812 I 1 BGB mit der Berufung auf die Gestaltung einen Anspruch auf Rückerstattung des Vollstreckungserlöses gibt¹⁰⁾. Auch dann wäre die unerwünschte Überdehnung eines prozessualen Ausschlusses zumindest wirtschaftlich vermieden¹¹⁾.

1) Die Lösungsmöglichkeit nach § 812 I 1 BGB

Die Anhänger der letztgenannten Möglichkeit entscheiden sich für diese nur hinsichtlich der Aufrechnung und nur für den Fall der Vollstreckungsgegenklage. Wie schon ausgeführt¹²⁾, ist es aber unzweckmäßig, die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft weiter zu ziehen als die eines Ausschlusses bei der Klage nach § 767 ZPO. Die Rechtskraft muß mindestens dasselbe Vorbringen ausschließen wie § 767 II ZPO. Da nun die im Vollstreckungstitel getroffene Feststellung immer präjudiziell ist für die Entscheidung über eine Klage aus § 812 I 1 BGB¹³⁾, schließt die Rechtskraft des erstgenannten Titels die betreffende Einrede für die Vollstreckungsgegenklage wie für die Klage aus § 812 BGB aus¹⁴⁾. Ein Gestaltungsvorbringen, das für eine Vollstreckungsgegenklage ausgeschlossen ist, kann nicht zur Begründung einer Klage aus § 812 I 1 BGB benutzt werden¹⁵⁾. Diese Möglichkeit muß also ausscheiden¹⁶⁾.

2) Die Lösungsmöglichkeiten nach § 812 I 2 BGB und der materiellen Unwirksamkeit der Gestaltung

Zu prüfen bleiben die beiden anderen Theorien. Gegen die Möglichkeit aus § 812 I 2 BGB sprechen vor allem praktische Überlegungen. Der Schuldner hätte sein Gegenrecht zunächst durch die Gestaltung verloren und kann es

Fortsetzung von S. -69-

- 7) Fußnote 3 auf S. 166 und Nikisch Prozeßaufrechnung S. 767 f für die zivilistische, S. 776 f für die prozessuale und S. 777 für Mischtheorien. Nach den Ausführungen von Schwab (aaO S. 939 ff) ist wohl die zivilistische als die zutreffende anzusehen. Sie wird auch von der hM vertreten. So auch Baumgärtel Prozeßhandlung S. 158 f für die Gestaltung allgemein, S. 161 ff für die Aufrechnung, S. 166 f für die Wandlung im besonderen.
- 8) Schwab Prozeßaufrechnung S. 939 ff, insbes. S. 952 ff.
- 9) Martin S. 152 ff.
- 10) Vgl. Heliwig-Oertmann System II S. 196 ff.
- 11) So OLG Darmstadt OLG Rspr 16, 293 f; OLG München OLG Rspr 29, 187; beide nur für die Aufrechnung. Ferner: Nikisch Prozeßaufrechnung S. 788; RGRK-BGB § 812 Anm. 122; Oertmann Aufrechnung S. 110; Reichel S. 25 f, 32 gegen Lent DR 1942, 870; RG ZZP 59, 226; Rosenberg ZZP 59, 229.
- 12) Oben § 3.
- 13) Oben § 3 Fußnote 28 gilt hier entsprechend. (Forts. n. S.)

nur wiedererlangen, wenn der Gläubiger es ihm von neuem einräumt. Dieser wird sich in den meisten Fällen dazu nicht freiwillig bereitfinden. Der Schuldner muß dann einen zweiten Prozeß anstrengen, nunmehr mit vertauschten Parteirollen. Besteht der eingeklagte Anspruch des Schuldners auf Wiedergewährung seines Gegenrechts – und davon ist hier auszugehen –, so muß das Gericht der Klage stattgeben, was einer vom Gegner abgegebenen Willenserklärung gleichkommt (§ 894 ZPO). Der Schuldner erlangt auf diesem Wege zwar die gleiche Rechtsstellung, wie er sie bei einer Unwirksamkeit seiner Gestaltung von Anfang an behalten hätte. Ihn und das Gericht trifft aber eine unvergleichbar größere Belastung. Auch kann der Gestaltungsgegner die Wiedereinräumung des Rechts verzögern.

Dem Schuldner wäre auch nicht damit gedient, daß er sich die fragliche Gegenforderung zurückgewähren ließe. Durch die Gestaltung ist in vielen Fällen¹⁷⁾ nicht nur dieses Gegenrecht erloschen, sondern das gesamte zugrundeliegende Rechtsverhältnis. Aus diesem fließen zumeist noch andere Rechte, zumindest Nebenpflichten des Gestaltungsgegners. Der Schuldner müßte also nicht nur auf Wiedergewährung seiner Gegenforderung klagen, sondern auch aller anderen Rechte. Daß ein solches Verfahren höchst umständlich wäre, liegt auf der Hand. Vom Praktischen her ist daher die Möglichkeit einer Unwirksamkeit der Gestaltung im Falle des prozessualen Ausschlusses weitaus brauchbarer. Abgesehen davon ist es fraglich, ob man einen Anspruch des Schuldners auf Rückgewährung seiner verlorenen Gegenrechte allgemein mit § 812 I 2 BGB begründen kann. Hat er nämlich beispielsweise lange Zeit vor dem Prozeß gestaltet, so hat er dabei möglicherweise an die gerichtliche Geltendmachung seiner Gestaltung zunächst gar nicht gedacht. Zweck der Gestaltung war in diesem Falle nur die Vernichtung des betreffenden Rechtsverhältnisses, nicht aber deren prozessuales Vorbringen. Der mit der Gestaltung bezweckte Erfolg ist dann durchaus eingetreten. Eine generelle Lösung über § 812 I 2 BGB mach-

Fortsetzung von S. -70-

- 14) Dieser Gesichtspunkt ist eigenartigerweise bisher kaum beachtet; vgl. auch Gaul JuS 1962, 4, 7, 12, der den Schuldner auf den Weg des § 580 Ziff. 7b ZPO verweist. Wie im Text und wie Gaul auch Hellwig System I § 231 IV 2; Blomeyer § 90 IV 2.
Vgl. auch RGZ 120, 282; 144, 94; RGRK-BGB § 813 Anm. 5; Palandt-Gramm § 813 Anm. 2. Siehe oben § 3 I 2.
- 15) Vgl. oben Fußnote 11. Wie im Text: Hellwig System I § 231 IV 2; Blomeyer § 90 IV; Pagenstecher Eventualaufrechnung S. 48. Vgl. auch Habscheid ZJP 76, 376.
- 16) So auch Kauppert § 17 II am Ende.
- 17) Wie etwa bei der Anfechtung einer Willenserklärung, durch die ein gegenseitiger Vertrag begründet wurde, oder beim Rücktritt.

te in diesen Fällen eine oft bedenkliche nachträglich Konstruktion eines angeblich konkludent erklärten Willen nötig¹⁸⁾.

Das gleiche gilt für eine Lösung mit dem Gedanken der Eventualgestaltung¹⁹⁾. Auch die Annahme, die Gestaltung werde unter der Rechtsbedingung der Zulässigkeit ihrer prozessualen Geltendmachung vollzogen, ist oft nicht möglich ohne eine solche Hilfskonstruktion.

Ein weiteres gegen die Möglichkeit einer materiellen Unwirksamkeit der Gestaltung vorgebrachtes Argument ist der Hinweis, daß in einem solchen Falle das unwirksame Gestaltungsgeschäft erneut vorgenommen und in einem Zweitprozeß berücksichtigt werden könne. Dies verstoße gegen den Grundgedanken des prozessualen Ausschlusses und werde daher auch nirgendwo vertreten²⁰⁾. Aus diesem Grund müsse man sich von vornherein für die Wirksamkeit der Gestaltung entscheiden.

Dieser Schluß ist jedoch nicht richtig. Ob eine erneute Gestaltung in einem nachfolgenden Prozeß noch geltend gemacht werden kann, ergibt sich nicht aus der materiellrechtlichen Möglichkeit oder Unmöglichkeit ihres Vollzugs, sondern aus den prozessualen Ausschlußvorschriften. Auch wenn die erste Gestaltung materiell unwirksam war und insofern noch einmal erklärt werden könnte, ist sie möglicherweise (und zwar unabhängig von dieser materiellen Möglichkeit) im Zweitprozeß aufgrund der Prozeßnorm nicht mehr zugelassen²¹⁾. Die Notwendigkeit eines prozessualen Ausschlusses im Zweitverfahren macht die materielle Wirksamkeit der ersten Gestaltung keineswegs notwendig.

Schließlich spricht noch ein letzter Punkt für die Auffassung von der materiellen Unwirksamkeit der prozessual ausgeschlossenen Gestaltung. Nur in diesem Falle entspricht die Entscheidung des Gerichts der wirklichen Rechtslage. Wäre die Gestaltung wirksam, so bestünde der eingeklagte Anspruch nicht mehr. Trotzdem würde der Beklagte zu dessen Erfüllung verurteilt werden müssen. Das Gericht müßte bewußt eine andere als die wirkliche Rechtslage seinem Urteil zugrundelegen.

Zwar gibt es im Gesetz eine ähnliche Fiktion, nämlich bei der Veräußerung der im Streit befangenen Sache, § 265 ZPO. Doch auch hier wird nach herrschender Meinung²²⁾ die Veräußerung nicht etwa ignoriert. Es wird nunmehr über das Recht des Erwerbers entschieden. Der Kläger muß daher zum Bei-

18) Vgl. Kauppert § 17 II 7.

19) Dies schlägt Kauppert vor (§ 17 I), allerdings nur für die Aufrechnung.

20) Martin S. 97, vgl. auch dort Fußnote 454.

21) ZB im Falle einer Zurückweisung nach §§ 279, 529 II, III, V ZPO, vgl. oben § 8 A I 3.

22) Vgl. Grunsky JZ 1965, 395.

spiel nach der Relevanztheorie²³⁾ seinen Klagantrag auf Leistung an den Rechtsnachfolger umstellen²⁴⁾.

3) Ergebnis

Man wird daher zu der Alternative einer materiellen Unwirksamkeit der prozessual ausgeschlossenen Gestaltung kommen²⁵⁾.

Wie man diese Folge des verfahrensrechtlichen Ausschlusses begründet²⁶⁾, spielt für die Fragestellung der vorliegenden Untersuchung keine Rolle. Hier genügt das genannte Ergebnis. Immerhin läßt sich sagen, daß eine allein historische Argumentation²⁷⁾ nicht ausreichen kann, und daß die Bedingungstheorie²⁸⁾ immer dann fragwürdig ist, wenn die prozessuale Geltendmachung einer Gestaltung nicht ohne weiteres als deren Zweck anzusehen ist. Hier gilt dasselbe wie oben zur Frage des § 812 I 2 BGB gesagt.

Am klarsten und einfachsten ist der Schwab'sche Lösungsvorschlag über § 139 BGB²⁹⁾.

II) Die Tendenz des materiellen Rechts zur Ablehnung des prozessualen Ausschlusses

Da somit ein prozessualer Ausschluß auch die Unzulässigkeit der Gestaltung selbst in dem jeweiligen Zusammenhange³⁰⁾ zur Folge hätte, würde der Gestaltungsberechtigte durch die Androhung des Verlusts seines Rechts mittelbar zu dessen frühzeitiger Ausübung gezwungen. Die vom materiellen Recht gesetzte Frist könnte praktisch abgekürzt werden³¹⁾.

Zum anderen ist zu beachten, daß der Vollzug der Gestaltung ein materiell-rechtlicher Akt ist. Ein Ausschluß des Gestaltungsvorbringens würde die betreffende Partei mittelbar nicht nur zur Vornahme einer Prozeßhandlung zwingen, sondern dazu auch zum Vollzug eines materiellen Rechtsgeschäfts³²⁾. Da-

23) Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 87 III 3.

24) So zB Baumbach-Lauterbach § 265 Anm. 3B; Stein-Jonas-Pohle § 165 Anm. IV 1.

25) Soweit die gleiche Gestaltung in anderem Zusammenhang prozessual noch geltend gemacht werden kann (vgl. oben § 5 zu Fußnoten 71 ff), bestehen dagegen keine Bedenken an ihrer Wirksamkeit (vgl. RG HRR 1935 Nr. 691, auch oben Fußnote 2).

26) Siehe oben zu Fußnoten 4 - 11.

27) Wie Henckel ZZP 74, 174 ff es versucht.

28) Die Baumgärtel vertritt (Prozeßhandlung S. 164 f).

29) Schwab Prozeßaufrechnung S. 939 ff, 952 ff.

30) Oben Fußnote 25.

31) Darauf weist insbesondere Lent DR 1942, 868 ff hin.

32) Dies gilt auf jeden Fall nach hM bei den §§ 279, 529 II, III, V ZPO (BGHZ 5, 377; 17, 125 f; Blomeyer § 60 II 4, statt vieler).

für besteht materiellrechtlich keine Veranlassung³³⁾.

Ein prozessualer Ausschluß würde also in zweierlei Hinsicht in die Regelung des materiellen Rechts eingreifen. Dieses könnte mittelbar abgeändert, die diesem zugrundeliegende Interessenabwägung außer acht gelassen werden. Bei Berücksichtigung des materiellen Rechts wäre daher gegen einen allgemeinen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens zu entscheiden³⁴⁾.

11 Allgemeine Abwägungskriterien zur Lösung des Problems. Die Notwendigkeit zur Differenzierung zwischen den einzelnen Gestaltungsrechten

Das Prozeßrecht tendiert zu einem Ausschluß des Gestaltungsvorbringens, das materielle Recht entgegengesetzt. Das Problem eines Ausschlusses stellt sich also dar als ein Konflikt zwischen diesen beiden Rechtsbereichen.

Es muß ein Ergebnis gefunden werden, das die Anforderungen beider mit einbezieht¹⁾.

A) Die allgemeine Abwägung zwischen materiellem und formellem Recht

Im Verhältnis des formellen zum materiellen Recht läßt sich keine allgemeine Vorherrschaft eines der beiden festsetzen. Beide Rechtsbereiche sind qualitativ gleichrangig²⁾. Insbesondere ist nicht etwa das Prozeßrecht nur von subsidiärer, rein technischer Bedeutung gegenüber dem materiellen Recht³⁾. Man kann daher nicht aufgrund einer Priorität des einen oder des anderen Rechtsbereichs für oder gegen einen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens entscheiden.

Die Tendenzen beider Rechtsgebiete sind einander zwar entgegengesetzt. Die Gründe für diese Tendenzen stehen jedoch nicht einander widerstreitend gegenüber. Sie sind nur eine Betrachtung desselben Problems unter verschiedenen Aspekten: Einmal werden die Auswirkungen von Ausschluß und Nichtausschluß auf den prozessualen Bereich, zum andern auf den materiellrechtlichen Bereich hervorgehoben. Beide Aspekte enthalten keinen sachlichen Gegensatz. Man kann daher nicht die Gründe für diese verschiedenen Tendenzen unmittelbar gegeneinander abwägen.

33) Darauf weisen auch Lippmann Kompensation S. 233 und Mohrbutter A II 3 Ziff. 7 zu Fußnote 98 hin.

34) Das betont auch Zeuner Rechtskraft S. 106. Vgl. auch die oben § 2 Fußnoten 39 – 45 Zitierten.

1) Die Betrachtungsweise des RG und seiner Anhänger (vgl. etwa das OLG Naumburg JW 1936, 1863), die allein auf das Erfordernis einer raschen Prozeßabwicklung abstellt, ist daher zu einseitig. Dies betont auch Lent DR 1942, 870.

2) Vgl. hierzu Martin S. 28 ff.

Man muß andere Kriterien finden, anhand derer man zu bestimmen vermag, ob die prozessualen oder die materiellrechtlichen Bedürfnisse den Vorzug verdienen.

B) Die Entscheidung über einen Ausschluß als Lösung des Konflikts zwischen den beteiligten Interessen

Jede Fallentscheidung ist eine Abgrenzung einander gegenüberstehender Interessen und eine Abwägung dieser Interessen⁴⁾. Jede Auslegung setzt eine Feststellung der gesetzlichen Interessenkonstellation, eine Bewertung und Abwägung dieser Interessen voraus⁵⁾.

Die beteiligten Interessen sind die wichtigsten Anhaltspunkte für eine sachgerechte Entscheidung⁶⁾.

1) Die Feststellung der beteiligten Interessen

Für einen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens spricht das Bedürfnis des Prozeßrechts, für einen Nichtausschluß das des materiellen Rechts. Hinter dem Prozeßrecht steht zunächst das öffentliche Interesse⁷⁾. Die Kosten des Prozesses werden nur zum Teil von den Leistungen der Parteien gedeckt. Zum großen Teil müssen sie von der Allgemeinheit aufgebracht werden. Die Öffentlichkeit muß daher daran interessiert sein, daß die Gerichte nicht zu uferlosen Streitigkeiten mißbraucht werden, daß deren Zeit- und Arbeitsaufwand einen möglichst hohen Wirkungsgrad hat. Es besteht ein öffentliches Interesse an einer, wie der BGH es ausdrückt⁸⁾, "gesunden Prozeßökonomie"⁹⁾.

Fortsetzung von S. -74-

3) Vgl. etwa Stein, Grundriß, Vorwort zur 1. Aufl. Tübingen 1921, 3. Absatz am Ende. Er bezeichnet das Prozeßrecht als das "technische Recht in seiner alterschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar".

4) Heck, Rechtsgewinnung S. 31.

5) Kraft S. 35.

6) Dies soll keine Entscheidung für eine Überbewertung des 'Interesses' sein, wie es die Tübinger Schule unter Heck in ihrem Streit gegen die Begriffsjurisprudenz wohl tat. Nur als Kriterium unter anderen verstanden kann der 'Interessen'-Begriff sachgerechter Maßstab sein. Vgl. hierzu Esser Grundsatz S. 101, Kraft S. 32, 34. Eine Auseinandersetzung mit den Lehren der Begriffsjurisprudenz, der Interessenjurisprudenz und neuerlich der Wertungsjurisprudenz ist im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht geboten (vgl. hierzu außer den schon zitierten Autoren auch Larenz Methodenlehre S. 122 ff.).

7) Unter dem 'öffentlichen Interesse' ist nicht der Wille der Mehrheit zu verstehen (der sich aus privaten Interessen zusammensetzt), sondern dasjenige Interesse, welches dem Gemeinwesen in dieser seiner Eigenschaft zusteht, und auch der Gemeinschaft als Träger hoheitlicher Gewalt und nicht als Subjekt des Privatrechtsverkehrs, vgl. Kraft S. 15. Andere solche 'öffentlichen Interessen' sind nach Kraft (S. 16) etwa das
(Fortsetz. n. S.)

So ist auch die unterschiedliche Behandlung der "prozeßhindernden Einreden" des § 274 II ZPO zu verstehen. Ohne deren Beachtung würde das Gericht in überflüssiger Weise belastet. Sie müssen daher von Amts wegen beachtet werden, § 274 II Nr. 1, 2, 4, 7 ZPO¹⁰⁾. Die anderen werden dagegen erst auf die Rüge durch eine Partei hin berücksichtigt¹¹⁾.

Für einen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens spricht auch das Interesse des Prozeßgegners des Gestaltungsberechtigten. Er möchte es in der Regel soweit wie möglich vermeiden, daß ein schon für ihn günstig entschiedener Prozeß noch einmal aufgerollt wird, mit der Möglichkeit eines für ihn nachteiligen Ausgangs.

Das materielle Recht dagegen verkörpert hier das Interesse des Gestaltungsberechtigten am Nichtausschluß. Insbesondere eine Abkürzung der Gestaltungsfrist wäre für ihn ungünstig¹²⁾.

Es stehen sich also gegenüber einerseits das öffentliche Interesse sowie das Interesse des Gestaltungsgegners an einer möglichst weit gehenden Beschränkung des Gestaltungsvorbringens und andererseits das des Gestaltungsberechtigten an einem Nichtausschluß.

II) Die Abwägung der beteiligten Interessen

Diese beteiligten Interessen sind nun gegeneinander abzuwägen. Entsprechend dieser Wertung wird man sich für einen Ausschluß oder für eine Zulassung des Gestaltungsvorbringens zu entscheiden haben.

1) Das sogenannte öffentliche Interesse

Das öffentliche Interesse ist nur ein solches, das der Gemeinschaft in dieser ihrer Eigenschaft zusteht¹³⁾. Dieser Begriff ist ein irreführender Ausdruck für Wertungskriterien, die über den privaten Interessen stehen und an denen diese gemessen werden¹⁴⁾. Das öffentliche Interesse ist kein Interesse im eigentlichen Sinne¹⁵⁾. Es kann dazu führen, daß an sich berechnete Privatinteressen je nach ihrer Übereinstimmung zurücktreten müssen oder verstärkt werden. Man kann daher nur von einem Gegenüberstehen privater Interessen

Fortsetzung von S. -75-

7) Interesse an einer geordneten Rechtspflege, das Rechtssicherheitsinteresse oder das Interesse an der Erhaltung der Ordnung im Staat. Heck (Begriffsbildung) nennt in diesem Zusammenhang auch das Praktikabilitätsinteresse.

8) BGHZ 5, 373.

9) Vgl. oben § 8 II, Sauer Grundlagen S. 204.

10) Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 33 VI.

11) Auch die Einrede der Rechtskraft ist von Amts wegen zu beachten, BGHZ 36, 367.

12) Oben § 10 I.

(Forts. n. S.)

sprechen, deren Bewertung von den öffentlichen Interessen beeinflusst wird¹⁶⁾. Es stehen sich im Grund daher in der vorliegenden Fallage nur die Interessen der beiden Parteien gegenüber, wobei das des Prozeßgegners durch das öffentliche Interesse an der ökonomischen Prozeßführung verstärkt wird¹⁷⁾. Nur diese Parteiinteressen sind daher gegeneinander abzuwägen. Überwiegt das des Gestaltungsberechtigten in starkem Maße, so hat das des Gegners zurückzutreten. Ist das Interesse des Gestaltenden dagegen nur wenig schwächer zu bewerten oder sind die Interessen beider Parteien annähernd gleich anzusetzen, so ist auf Grund der Miteinwirkung des öffentlichen Interesses im Sinne des Prozeßgegners zu entscheiden.

2) Die grundsätzliche Schutzwürdigkeit der beteiligten Interessen

Ein Interesse ist nur dann zu berücksichtigen, wenn es zunächst als grundsätzlich schutzwürdig anzuerkennen ist¹⁹⁾. Hier geht es nicht um die Feststellung, ob und wie weit das betreffende Interesse im konkreten Fall, also etwa im Verhältnis zu den jeweils gegebenen Gegeninteressen, schützenswert ist. Hier gilt es festzustellen, ob die Interessen jeweils allgemein und losgelöst von der besonderen Fallage als schutzwürdig anzuerkennen sind¹⁹⁾. Maßgeblich hierfür ist in erster Linie die Rechtsordnung²⁰⁾.

Das Interesse des Gestaltungsberechtigten an ungeschmälerter Frist wird vom materiellen Recht selbst verkörpert²¹⁾. Das Recht selbst begründet dieses Interesse. Dieses muß daher als grundsätzlich schutzwürdig gelten.

Das Interesse des Prozeßgegners bezieht sich gleichfalls auf etwas, was das Recht selbst konstituiert, nämlich auf möglichst weitgehende Vermeidung eines zweiten Prozesses²²⁾. Das Interesse an einem Umstand, den das Prozeßrecht selbst fördert, kann nicht schutzunwürdig sein. Insoweit ist eine Entscheidung zwischen den beteiligten Interessen noch nicht möglich.

Fortsetzung von S. -76-

13) Kraft S. 15.

14) Kraft S. 16. Für das Arbeitsrecht vgl. Schnorr § 1 B. Vgl. auch Wester-
mann S. 4.

15) Kraft S. 85.

16) Kraft S. 17, 85. Insoweit ebenso Hubmann AcP 155, 93.

17) Kraft S. 16 nennt als Beispiel, daß etwa das Interesse einer Partei an der Unveränderlichkeit einer Entscheidung durch das öffentliche Interesse an einer endgültigen Bereinigung von Auseinandersetzungen verstärkt wird.

18) Hubmann AcP 155, 97; Rehbinder S. 61; Kraft S. 65.

19) Kraft aaO.

20) Hubmann aaO. S. 98; Kraft aaO.

21) Oben § 9 I.

22) Oben § 8.

3) Kriterien für die Wertung der beteiligten Interessen

Für die Bewertung der als schutzwürdig oder jedenfalls nicht als schutzunwürdig erkannten Interessen gibt es zwei Gruppen von Kriterien²³⁾. Einmal können sich Bewertungsfaktoren aus dem Sachverhalt ergeben, und zum andern kann man die Stärke der Schutzwürdigkeit der jeweiligen Interessen an dem Verhalten der Beteiligten, an der "Veranlassung"²⁴⁾, messen.

a) Die Veranlassung

Bei der Veranlassung ist maßgeblich, ob sie einen Verstoß gegen das zwischen den Parteien bestehende Rechts- und Treueverhältnis darstellt²⁵⁾, und welcher Grad von Verschulden dabei vorliegt. Es ist also zu unterscheiden, ob das Verhalten der Partei arglistig, vorsätzlich, fahrlässig oder schuldlos ist²⁶⁾. Es muß auf jeden Fall nicht nur kausal schlechthin, sondern zurechenbar sein²⁷⁾. In den ersten drei genannten Varianten ist es ein negativer Bewertungsfaktor, dessen Stärke im ersten Falle – zu dem auch die Bösgläubigkeit gehört²⁸⁾ – am größten und im letzten am geringsten ist. Die vierte Variante ist grundsätzlich neutral. Vertraut die Partei dazu noch irrtümlich auf ein schuldloses Verhalten des anderen Teils oder auf das Vorliegen bestimmter tatbestandserheblicher Tatsachen, und beruht diese Gutgläubigkeit nicht auf grober Fahrlässigkeit, so ergibt dies einen positiven Bewertungsfaktor²⁹⁾.

Schuldhaftes oder schuldloses Verhalten der Parteien ist bei manchen Gestaltungsrechten Tatbestandsmerkmal, wie etwa bei den §§ 123 oder 462 BGB. In anderen Fällen läßt das Gesetz dagegen ein Verschulden der Parteien unberücksichtigt und knüpft an insofern wertfreie Tatsachen an, wie beispielsweise an den Irrtum in § 119 BGB oder an den 'wichtigen Grund' in § 626 BGB, den durchaus nicht ein schuldhaftes Verhalten des Dienstherrn zu bilden braucht³⁰⁾. Für die Untersuchung der Schutzwürdigkeit der Interessen ist aber auch in diesen Fällen das Maß eines Verstoßes gegen das Rechts- und Treueverhältnis maßgeblich. Die Untersuchung muß sich in jedem Falle auf die Prüfung dieser Frage erstrecken, unabhängig davon, ob ein Verschul-

23) Hubmann AcP 155, B III, IV; vgl. auch Hubmann AcP 153, 315; Kraft S. 84.

24) Hubmann AcP 155, 122; Kraft S. 83, 84.

25) Vgl. zu diesem Begriff Larenz Schuldrecht I § 2 I.

26) Hubmann AcP 155, 114; Kraft S. 83.

27) Hubmann aaO S. 121; Kraft S. 84.

28) Kraft aaO.

29) Kraft S. 85.

30) Vgl. Palandt-Gramm § 626 Anm. 3 a, c.

den für die Entstehung des Gestaltungsrechts tatbestandserheblich ist oder nicht³¹⁾.

Ein Indiz, wie das Verhalten der Beteiligten zu werten ist, kann in manchen Fällen die Ausformung ihrer materiellen Rechtsstellung sein. Je günstiger diese Position gestaltet ist, desto positiver sieht das Gesetz die betreffende Partei³²⁾.

b) Dem Sachverhalt zu entnehmendes Kriterium: Die Interessenintensität

Dem Sachverhalt lassen sich zunächst als Kriterien entnehmen die "Interessenhäufung", nämlich eine Mehrheit von Personen mit gleichen Interessen oder von Interessen, die von einer Person verfolgt werden³³⁾, und die "Interessennähe", also Faktoren für die Bewertung von Interessen aufgrund räumlicher oder zeitlicher besonders enger Beziehung der betreffenden Person zu dem Objekt³⁴⁾.

Beide Bewertungsfaktoren scheiden für die vorliegende Untersuchung aus, weil hier weder eine Häufung von Interessen, im objektiven oder subjektiven Sinne³⁵⁾, vorliegt noch Beziehungen der genannten Art bestehen.

Ein drittes sich aus dem Sachverhalt ergebendes Kriterium ist die "Interessenintensität"³⁶⁾. Je unzumutbarer einer Partei die Nichtberücksichtigung ihres Interesses ist, desto intensiver und damit desto schutzwürdiger ist es. Beim Gestaltungsberechtigten handelt es sich dabei um die Zumutbarkeit eines mittelbaren Zwangs zur vorzeitigen Ausübung des Rechts, beim Gestaltungsgegner um die Zumutbarkeit der Hinnahme einer Gestaltung und ihrer prozessualen Geltendmachung auch nach rechtskräftigem Abschluß eines Prozesses.

31) Die Frage, ob das Verhalten der Beteiligten Tatbestandsmerkmal ist, spielt für die vorliegende Untersuchung allerdings eine gewisse Rolle. Ist das Verschulden einer Partei Element des Entstehungstatbestands eines Gestaltungsrechts (wie in § 123 BGB), so steht damit fest, daß diese Partei in dem betreffenden Gestaltungsverhältnis begrifflich nie schuldlos sein kann, während ansonsten alle Verhaltensweisen in Frage kommen (wie etwa bei § 626 BGB).

32) Dieses Kriterium kann allerdings zugleich auch bei der Zumutbarkeit (unten b) eine Rolle spielen und dort für die Frage des Ausschlusses eine entgegengesetzte Tendenz hervorrufen. Hat eine Partei eine günstige Rechtsstellung, so kann ihr gerade deswegen unter Umständen eine Entscheidung gegen ihre Interessen zumutbar sein; vgl. unten zu Fußnoten 37f.

33) Hubmann, AcP 155, 107ff.

34) Hubmann, aaO S. 110ff. Hubmann zählt zu diesen beiden Kriterien auch noch die der "Sachwidrigkeit", also ein mögliches Mißverhältnis zwischen Interesse und Sachstand (Hubmann, aaO S. 103ff), und der "Interessenidentität", also etwa den Fall der Interessenbewertung bei verdeckter Stellvertretung (Hubmann, aaO S. 106f). Nach der Auffassung von Kraft (aaO S. 80f) sind diese beiden Begriffe schon bei der Bestimmung der Interessen als allgemein schutzwürdig oder schutzunwürdig zu berücksichtigen, nicht aber

Entscheidend hierfür sind die jeweiligen rechtlichen und praktischen Folgen bei der Lösungsmöglichkeiten für die Parteien. Das können sein auf der Seite des Gestaltungsberechtigten etwa eine Abkürzung seiner Überlegungsfrist, Zinsverluste oder die Gefahr einer vertragswidrigen Bindung an das Rechtsverhältnis³⁷⁾. Auf der Seite des Gestaltungsgegners kommt zum Beispiel in Frage die Gefahr einer willkürlich herbeigeführten erneuten Verhandlung über den schon rechtskräftig abgeschlossenen Streit³⁸⁾.

Für die Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit dieser Folgen maßgeblich ist zum einen die Schwere der jeweiligen Belastungen. Je ungünstiger die betroffene Partei stünde, desto unzumutbarer wäre eine ihren Interessen zuwiderlaufende Entscheidung in der Frage des Ausschlusses.

Zum ändern muß das Wesen des Gestaltungsrechts berücksichtigt werden. Je weniger diesem ein frühzeitiger Vollzug widerspricht, desto zumutbarer ist auch ein entsprechender prozessual bedingter mittelbarer Zwang zu einer solchen Vollziehung. So steht es etwa nicht im Widerspruch zum Charakter des gesetzlich begründeten Rücktrittsrechts oder der Wandlung als außerordentlichen Möglichkeiten der Aufhebung eines Rechtsverhältnisses, daß sich der Gestaltungsberechtigte schnell entscheidet, obwohl das materielle Recht ihm dies nicht vorschreibt³⁹⁾.

Wo er allerdings schon materiellrechtlich nur eine kurze Frist hat, wie bei der Anfechtung nach §§ 119, 120 BGB oder bei der außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsvertrags⁴⁰⁾, ist nach Ablauf dieser Frist die Ausübung des Gestaltungsrechts schon materiellrechtlich ausgeschlossen, und ein prozessualer Ausschluß spielt dann keine praktische Rolle mehr⁴¹⁾.

Entspricht ein vorzeitiger Ausschluß dagegen dem Wesen eines Gestaltungsrechts nicht, wie etwa beim vertraglich begründeten Rücktritt, so spricht das gegen die Zumutbarkeit des prozessualen Ausschlusses.

Fortsetzung von S. -79-

34) hier bei der Bewertung der als nicht schutzwürdig erkannten Interessen. Da diese beiden Kriterien für die vorliegende Untersuchung ohne Belang sind, kann diese Frage hier dahingestellt bleiben.

35) Vgl. Kraft S. 81.

36) Hubmann AcP 155, 114. Kraft S. 83 vertritt dagegen die Ansicht, daß sich die Intensität als Ergebnis der Bewertung aus dem Zusammenwirken aller anderen Kriterien darstelle und nicht als eigenes Kriterium anzusehen sei.

37) Dies gilt insbesondere für die Kündigung bei einer Klage auf künftige Leistung, vgl. unten § 13 zu Fußnote 138.

38) Dies wird insbesondere für die Vollstreckungsgegenklage angeführt, vgl. unten § 16 zu Fußnote 90.

39) Die Wandlung kann erst nach mindestens 6 Monaten ausgeschlossen werden (§ 477 I 1 BGB); für die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts gibt es grundsätzlich keine zeitliche Beschränkung, vgl. unten § 13 III 1.

(Forts. n. S.)

III) Die Notwendigkeit zur Differenzierung. Die einzelnen Gestaltungsrechte als Grundlagen der Interessenabwägung

Eine generelle Untersuchung des Verhaltens der Prozeßgegner und der Interessenintensität ist nicht möglich. Das Verhalten der Beteiligten ist ganz unterschiedlich. Es reicht etwa auf der Seite des Gestaltungsberechtigten von fahrlässiger Ungenauigkeit bei der Anfechtung nach § 119 BGB⁴²⁾ bis zu Schuldlosigkeit und Gutgläubigkeit beim vertraglich begründeten Rücktrittsrecht⁴³⁾.

Sehr verschieden sind auch die Folgen eines Ausschlusses für den Gestaltungsberechtigten⁴⁴⁾.

Andererseits kann man es nicht dem Gericht überlassen, über den Ausschluß des Gestaltungsvorbringens in allen Einzelfällen jeweils selbst zu entscheiden. Das Kriterium der Schutzwürdigkeit der Interessen ist insoweit zu wenig scharf. Es wäre der Grundsatz verletzt, daß die Rechtskraftgrenzen objektiv klar feststehen müssen⁴⁵⁾.

Es muß also eine Zwischenlösung gefunden werden, die einerseits den unterschiedlichen Gegebenheiten gerecht wird, aber andererseits so allgemein formuliert ist, daß die Klarheit der Rechtskraftgrenzen gewahrt bleibt.

Hierfür bieten sich die einzelnen Gestaltungsrechte an. Sie bilden Fallgruppen, in denen die Schutzwürdigkeit der beiden Parteien in typischer Weise verteilt ist. Diese Gruppen sind daher einer allgemeinen Untersuchung zugänglich, und für sie lassen sich jeweils einheitliche Ergebnisse finden. Daß gewisse Sonderfälle innerhalb dieser Gestaltungsrechte nicht berücksichtigt werden könnten, ergibt sich aus dem Gebot der Rechtsklarheit. Andererseits ist die Zahl der Gestaltungsrechte trotzdem soweit beschränkt, daß noch klare Maßstäbe erhalten bleiben und daher die Klarheit der Ausschlußgrenzen gewährleistet ist⁴⁶⁾.

Fortsetzung von S. -80-

39) Gleichwohl liefe ein frühzeitiger Ausschluß auch in diesen Fällen der ausdrücklichen Regelung des materiellen Rechts und den Interessen des Gestaltungsberechtigten zuwider, oben § 10 II und oben I.

40) Die außerordentliche Kündigung ist wie die Anfechtung nach §§ 119, 120 BGB unverzüglich zu erklären, vgl. BGHZ 27, 220, aber auch BAG BB 1955, 543.

41) Vgl. oben § 6 zu Fußnote 17.

42) Vgl. unten § 13 II 1.

43) Vgl. unten § 13 III 2.

44) Vgl. oben zu Fußnoten 39-41.

45) RGZ 144, 220; Rosenberg-Schwab § 156 I. Ähnlich zu verstehen wohl Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. VIII 4; Baumbach-Lauterbach Einf. 3B vor § 322; Blomeyer § 10 Ziff. 4.

Die Notwendigkeit einer Klarheit der Rechtskraftgrenzen betonen besonders Hellwig-Oertmann System II § 234 II, § 246 III 18, und Habscheid Heimtrennungsklage S. 34.

(Forts. n.S.)

Die Untersuchung der Schutzwürdigkeit ist also für die einzelnen Gestaltungsrechte nach den dort jeweils typischen Gegenbenheiten durchzuführen⁴⁷⁾.

Fortsetzung von S. -81-

- 46) Etwaige Bedenken gegen eine differenzierende Lösung sind daher nicht begründet. Ebenfalls eine getrennte Behandlung der einzelnen Gestaltungsrechte vertreten vor allem Schuler (NJW 1956, 1497ff) und die Oberlandesgerichte Stuttgart (NJW 1955, 1562) und Dresden (OLGRspr 16, 292).
- 47) Diese Möglichkeit und Notwendigkeit bejahen ausdrücklich OLG Karlsruhe OLGRspr 14, 162; OLG Dresden aaO; Blomeyer § 90 II 2; Nikisch Prozeßaufrechnung S. 765ff.

3. Abschnitt: Der Ausschluß des Gestaltungsvorbringens durch die Rechtskraft bei den einzelnen Gestaltungsrechten

Allein strittig und problematisch ist die Frage eines Ausschlusses von Gestaltungen, die von der betreffenden Partei selbst, nicht aber von deren Prozeßgegner oder einem Dritten vollzogen worden ist¹⁾. Diese Gestaltung hat daher der Gegenstand der Untersuchung zu sein. Der Ausschluß einer fremden Gestaltung kann daran anschließend kurz behandelt werden²⁾.

12 Die Einreden des Bürgerlichen Rechts

Das Bürgerliche Recht gibt in manchen Fällen einer Person die Möglichkeit, die gegen sie gerichtete Ausübung eines Rechts durch ihren Widerspruch (vorübergehend oder endgültig) zu hindern³⁾. Manchmal spricht das Gesetz hierbei ausdrücklich von einer "Einrede"⁴⁾.

Man ist sich zwar darüber einig, daß das prozessuale Vorbringen der Einrede des BGB in einem nachfolgenden Verfahren ausgeschlossen sein soll⁵⁾. Keine Klarheit herrscht jedoch bei der Frage, ob diese Einrede als Gestaltungsrecht anzusehen ist. Überwiegend wird dies bejaht⁶⁾. Es wird aber auch das Gegenteil vertreten⁷⁾, oder man geht auf diese Frage nicht ein⁸⁾. Nach den Darlegungen von Jahr⁹⁾ kann dieses Problem als im ersteren Sinne gelöst angesehen werden¹⁰⁾.

1) Vgl. unten § 15 I.

2) Unten § 15 I.

3) Etwa, weil ihre Schuld verjährt (§§ 194, 222 BGB), oder weil die Gegenleistung noch nicht erbracht ist (§§ 320, 273 BGB). Weitere Einreden geben die §§ 770 I, II, 771, 478, 1137, 1138, 1157, 1169, 1211, 1254 BGB. Vgl. auch Jahr JuS 1964, 125 f.

4) Etwa in §§ 202, 390, 770 771 BGB.

5) RG SeuffArch 83 Nr. 176; RGZ 158, 149; Hellwig System I § 231 IV 2, § 234 II; Nikisch Lehrbuch § 106 III 3, § 107 I 2; Blomeyer § 90 II 1, 2a.

6) RGZ 158, 149; RG WarnJahrb 1913 § 767 ZPO Nr. 4 (nicht ausdrücklich); BGHZ 1, 239; Oertmann Kommentar Anm. B 2 b vor § 194, der aber offen läßt, ob der Anspruch mit einmaliger Weigerung undurchsetzbar wird oder ob jedes Mal von neuem verweigert werden muß; Esser Schuldrecht AT § 24 II 1. Lehmann-Hübner § 14 II 3, IV 3 bß; Palandt-Danckelmann § 222 Anm. 1, § 273 Anm. 1 b, § 274 Anm. 2; Enneccerus-Nipperdey § 226 II 2, III 2; Planck BGB Anm. 6 vor § 194; Larenz Schuldrecht I § 2 III; Rosenberg-Schwab § 105 II 2c; Rosenberg Beweislast § 9 II 2c; Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 43 IV 1c; Neuner S. 35. Unklar Wieczorek § 253 Anm. B IV b 2. Vgl. auch Jahr JuS 1964, 292.

Larenz (Schuldrecht I § 22 I) bezeichnet die Einrede als Gestaltungsrecht, bei dem allerdings schon die Gestaltungslage den Eintritt des Schuldnerverzugs hemme und auf das man trotz Vollzugs noch verzichten könne und das sich insofern von den echten Gestaltungsrechten unterscheide (vgl. auch Larenz Allgemeiner Teil § 20 II).

Von vielen Autoren wird die BGB-Einrede im Katalog des möglicherweise von einem Ausschluß betroffenen Gestaltungsvorbringens nicht angeführt¹¹⁾. Das mag in erster Linie darauf beruhen, daß die Eigenschaft dieser Einreden als Gestaltungsmöglichkeit des materiellen Rechts nicht klar festgestellt wird, oder daß zumindest aus dieser Erkenntnis nicht die vollen Konsequenzen gezogen werden. So ist oft zu lesen, die Einreden des BGB würden im Prozeß nicht von "Amts wegen" beachtet¹²⁾. Wären sie, dieser Terminologie entsprechend, als Prozeßhandlungen anzusehen, so fände eine Begründung des Ausschlusses keine Schwierigkeiten¹³⁾. Eine solche Betrachtungsweise ist jedoch abzulehnen. Die Einreden sind materielle Rechtsänderungsrechte, die auch außerprozeßual vollzogen werden können, und bei denen auch im Falle einer zeitlichen Einheit von materiellem Vollzug und prozeßualer Geltendmachung diese beiden Akte rechtlich zu trennen sind¹²⁾.

Die Frage des Ausschlusses ist nach den oben § 12 genannten Kriterien zu untersuchen.

Die Einreden des BGB wirken in erster Linie rechtshemmend¹⁴⁾. Ist die mit einer dauernden Einrede behaftete Verbindlichkeit dessen ungeachtet erfüllt, so kann nachfolgend noch gestaltet und die Leistung zurückverlangt werden, § 813 BGB¹⁵⁾. In diesem Falle wirkt die Einrede des BGB auch rechtsbegründend. Stets kommt die Wirkung der Einrede nur dem allein gestaltungsberechtigten Schuldner zu. Eine mögliche Ausschlußwirkung kann somit nur diesen treffen. Dies ist eine Folge des Wesens der Einrede des BGB und verstößt nicht etwa gegen das Erfordernis der Gleichbehandlung der Parteien im Prozeß¹⁶⁾.

Unproblematisch ist der Ausschluß bei der Einrede der Verjährung (§ 194 BGB). Aus § 218 BGB kann nämlich geschlossen werden, daß ein etwa vor der

Fortsetzung von S. -83-

7) Dölle S. 12; Seckel S. 19; Sauer Prozeßrechtslehre S. 132 (unklar S. 35) für die Verjährung; Nikisch § 54 III 1.

8) Wie wenig man sich über das wahre Wesen der Einrede des BGB im klaren ist, zeigt die in Rechtsprechung und Literatur immer wieder auftretende Formulierung, sie sei nicht "von Amts wegen" zu berücksichtigen, sondern nur auf eine ausdrückliche Verweigerung des Schuldners hin, die den Anspruch endgültig undurchsetzbar mache (Planck BGB § 222 Anm. 1; Staudinger-Coing § 222 Anm. 4). Diese Verweigerung brauche aber nicht im Prozeß selbst vorgebracht zu werden. Es genüge, wenn sie früher ausgesprochen worden ist und wenn das Gericht irgendwie, sei es auch durch den Gläubiger, davon erfährt (BGHZ 1, 239; Enneccerus-Nipperdey § 226 III 2). Diese Verweigerung ist aber nichts anderes als die Gestaltungserklärung (vgl. Jahr JuS 1964, 131 f).

9) Jahr JuS 1964, 125ff, 218ff, 293ff.

10) Damit ist allerdings schwer in Einklang zu bringen die Tatsache, daß unbestrittenermaßen auf eine schon erklärte Einrede des BGB nachfolgend noch verzichtet werden kann (vgl. hierzu Larenz Allgemeiner Teil § 20 II, (Forts. n. S.)

maßgeblichen Verhandlung entstandenes Einrederecht mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils erlischt¹⁷⁾. Insbesondere hat das RG darauf hingewiesen¹⁸⁾. Ist etwa vertraglich eine Verjährungsfrist von drei Monaten vereinbart, und wird nach Ablauf dieses Zeitraums die Einrede nicht erhoben und der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann er sich auf das Verstreichen der Frist nicht mehr berufen, sondern darf die Leistung erst nach 30 Jahren verweigern¹⁹⁾. Für die Einrede der Verjährung steht der Ausschluß also positivrechtlich fest.

Für die übrigen Einreden fehlt ein solcher materiellrechtlicher Anhaltspunkt.

Eine Einrede ist das Recht einer Person, die gegen sie gerichtete Ausübung eines Rechts durch ihren Widerspruch zu hindern²⁰⁾. Allen Einreden ist daher gemeinsam, daß von zwei Rechtssubjekten das eine einen bestimmten Anspruch gegen das andere hat²¹⁾. Zwar ist der Grund der einzelnen Einrederechte unterschiedlich²²⁾. Es findet sich aber bei keiner Einrede ein schuldhaftes Verhalten eines der Beteiligten. Oft fehlt sogar ein rechtserhebliches Verhalten ganz. Das Gestaltungsrecht tritt in den meisten Fällen unabhängig vom Verhalten der Partei ein. Solche Tatsachen sind beispielsweise der Zeitablauf bei der Verjährung (§ 194 BGB), die Verpflichtung zu einer Gegenleistung beim Zurückbehaltungsrecht (§§ 273, 320 BGB) oder die primäre Verpflichtung des Hauptschuldners im Verhältnis zum Bürgen (§ 771 BGB). So hebt das RG für die Einrede der Verjährung das besondere rechtspolitische öffentliche Bedürfnis nach Rechtsfrieden und Rechtssicherheit hervor und weist darauf hin, daß nicht etwa dem Gläubiger sein gutes Recht aus Gründen entzogen werden solle, die er selbst gesetzt habe²³⁾.

Von einer Gutgläubigkeit könnte man nur da sprechen, wo äußeres Erscheinungsbild und tatsächliche Gegebenheiten nicht identisch sind. Bei den BGB-Einreden gibt es eine solche Diskrepanz typischerweise nicht²⁴⁾. Das Verhalten der Beteiligten ist also schuldlos und neutral.

Fortsetzung von S. -84-

10) oben Fußnote 6). Larenz (aaO) entscheidet sich daher für eine Mischtheorie. Diese Frage spielt hier aber keine Rolle, oben § 1 II.

11) Vgl. zB Lent-Jauernig Zwangsvollstreckung § 12 II; Wieczorek Kommentar § 767 Anm. D III b 3; Rosenberg Lehrbuch § 183 III 2a

12) Oben Fußnote 8.

13) Sieht man die Ausübung der Einrede als Prozeßhandlung an, so würden bei dieser Ausübung alle materiell tatbestandserheblichen Tatsachen bereits gegeben sein, und das Geltendmachen der Einrede wäre ebenso ausgeschlossen wie das einer Gestaltung, die schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt vollzogen worden ist, oben § 6 zu Fußnote 15.

14) Oben zu Fußnote 3.

15) Vgl. unten zu Fußnote 30.

16) Vgl. Zeuner Rechtskraft S. 94 zu Fußnote 4; Rosenberg-Schwab § 2 III 2.

17) Vgl. Palandt-Danckelmann §§ 218/219 Anm. 1; Staudinger-Coing § 218 Anm. 1.
(Forts. n. S.)

Die Folgen einer vorzeitigen Erhebung der Einrede des BGB für den Gestaltungsberechtigten sind denkbar unbedeutend. Mit dem Gestaltungsvollzug werden eigene Ansprüche des Vollziehenden in keiner Weise berührt, wie es etwa bei der Aufrechnung oder auch bei der Anfechtung eines zweiseitigen Vertrags der Fall ist. Der Gestaltungsberechtigte erleidet bei einer vorzeitigen Ausübung keinen Rechtsverlust. Hat er etwa ein Zurückbehaltungsrecht, so kann er trotz dessen Verlusts durch den prozessualen Ausschluß seinen Gegenanspruch selbständig geltend machen²⁵⁾. Der Bürge beispielsweise ist schon materiellrechtlich zu frühzeitiger Erhebung der Einrede angehalten. Für die Durchsetzung des Anspruchs des Gläubigers gegen ihn genügt es, daß dieser ein einziges Mal gegen den Hauptschuldner erfolglos vollstreckt hat. Das Einrederecht erlischt damit. Der Bürge kann danach nicht etwa noch die Einrede aus § 771 BGB erheben mit dem Hinweis, der Hauptschuldner habe inzwischen wieder Vermögen erworben²⁶⁾.

Der betroffene gegen ihn geltend gemachte Anspruch wird zudem nicht vernichtet, sondern nur gehemmt, und das in vielen Fällen nur vorläufig²⁷⁾. Die Einwirkungsmöglichkeit des Gestaltungsberechtigten auf diesen Anspruch ist daher wesentlich schwächer als zum Beispiel bei der Anfechtung. Je geringer aber die Bedeutung der Rechtsänderung in dieser Hinsicht ist, desto eher kann man dem Berechtigten einen frühzeitigen Gestaltungsvollzug zumuten.

Die Zumutbarkeit vorzeitiger Erhebung der Einrede ergibt sich auch aus deren Wesen: Die Einrede des BGB soll nur das Recht geben, eine Leistung zu verweigern. Ihr Zweck ist die Verteidigung vor einer konkreten Inanspruchnahme durch den Gläubiger. Darüberhinaus hat die Einrede keine Bedeutung²⁸⁾. So hat etwa der Bürge nicht das Recht, die anfechtbare oder aufrechenbare Forderung selbst durch Anfechtung bzw. Aufrechnung zu vernichten. Er muß

Fortsetzung von S. -85-

18) RG JW 1938, 1173. Wie das RG betont, tritt aber nicht etwa eine Novation der Forderung ein.

19) RGZ 109, 236.

20) Enneccerus-Nipperdey § 226 I; vgl. oben zu Fußnote 3.

21) Lehmann-Hübner § 14 II 1; Langheineken S. 47.

22) Das RG betont für die Verjährung, daß für jeden Anspruch die ihm eigene Verjährungsregel, vor allem hinsichtlich der Frist, maßgeblich ist, RG JW 1938, 2414; RGZ 66, 68; 118, 144.

23) RGZ 106, 84; 120, 358; 136, 432; vgl. auch RGZ 60, 299; 79, 268.

24) Vgl. Lehmann-Hübner § 23 I.

25) Darauf weist ausdrücklich das RG hin (RGZ 158, 150).

26) RGZ 92, 221.

27) Vgl. oben Fußnote 21; vgl. auch Lange § 15 II 2.

28) Darin unterscheidet sie sich von anderen Gestaltungsrechten, wie etwa Aufrechnung und Anfechtung, durch deren Vollzug auch eigene Ansprüche betroffen werden.

vielmehr dies wie jede andere Verfügung über den Anspruch dem Hauptschuldner bzw. dem Gläubiger überlassen, und er darf selbst nur auf die Vernichtbarkeit der Forderung verweisen, § 770 BGB²⁹⁾. Auch führt beispielsweise die Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320 BGB) nicht zur Klagabweisung. Sie beschränkt nur das Vollstreckungsrecht des Klägers auf Leistung Zug um Zug, § 322 BGB. Das gleiche gilt für die aus § 273 BGB gegebene Einrede, § 274 BGB.

Es liegt also im Sinne dieses Verteidigungsmittels, im Falle eines Angriffs diesem gegenüber sofort geltend gemacht zu werden. Unterbleibt dies, und läßt man den Gläubiger daher mit seinem Anspruch durchdringen, so besteht kein Anlaß, daß man das unbenutzte Verteidigungsmittel als Grundlage für einen nachfolgenden Gegenangriff des Schuldners zuließe. Dies gilt allerdings nur für vorübergehende Einreden³⁰⁾. Der Vollzug dieser Gestaltungsrechte ist außerdem nach Abschluß der Vollstreckung schon materiellrechtlich ausgeschlossen, argumentum e contrario aus § 813 BGB³⁰⁾.

Aus all dem folgt: Die Schutzwürdigkeit beider Parteien hält sich im Hinblick auf deren Verhalten die Waage. Eine frühzeitige Erhebung der Einrede ist dem Gestaltungsberechtigten zumutbar und widerspricht nicht deren Wesen.

Ein Ausschluß des prozessualen Vorbringens der Einreden des BGB ist daher zu bejahen³¹⁾. Wird das Bestehen oder Nichtbestehen einer Rechtsfolge rechtskräftig festgestellt, so kann also der Gestaltungsberechtigte nicht nachfolgend gegenüber dieser Rechtsfolge eine Einrede des BGB erheben und prozessual geltend machen, wenn ihm dies subjektiv schon rechtzeitig für die erste Entscheidung möglich gewesen wäre.

29) Dies hebt das RG (RGZ 122, 146f) besonders hervor. Vgl. auch RGZ 62, 54.

30) Vgl. RGZ 68, 304; 139, 21.

Für dauernde Einreden stellt § 813 BGB klar, daß sie auch nach Erfüllung des Anspruchs noch ausgeübt werden können, und daß man das Geleistete daraufhin zurückverlangen kann. Die mit einer dauernden Einrede behaftete Verbindlichkeit gleicht einer Nichtschuld (Palandt-Gramm § 813 Anm. 1). Der gleiche Gedanke liegt dem § 390 BGB zugrunde (vgl. Palandt-Danckelmann § 390 Anm. 1b).

31) So auch die herrschende Meinung, vgl. oben Fußnote 5.

Der von Lukes (ZZP 72, 126) behandelte Fall hat mit der vorliegenden Problematik dagegen nichts zu tun. Lukes gibt gegen ein sittenwidrig erschliches und ausgenutztes Urteil die Vollstreckungsgegenklage, begründet mit einer Einrede analog aus § 853 BGB. Diese Einrede kann erst mit dem Erlaß und der Ausnutzung dieses Urteils vollzogen werden, kann also objektiv nicht vor dem maßgeblichen Zeitpunkt vollzogen und geltend gemacht werden und ist daher nicht ausgeschlossen, oben § 6 zu Fußnote 23. Im Ergebnis ebenso auch Gaul JuS 1962, 5f. Vgl. aber Schwab ZZP 73, 479 Ziff. 4).

§ 13 Die Aufhebungsrechte

Als nächstes sind die verschiedenen Aufhebungsrechte zu untersuchen¹⁾.

1) Die Aufrechnung

Im Gegensatz zur Einrede des BGB wirkt die Aufrechnung rechtsvernichtend. Zwar sind hier beide Parteien rechtlich befugt, durch den Gestaltungsvollzug die Klagforderung zu vernichten. Ein Ausschluß dieser Gestaltung kommt aber nur da in Frage, wo sie sich gegen die rechtskräftige Entscheidung richtet. Die Ausschlußwirkung der Rechtskraft kann also nur dann eintreten, wenn der frühere Beklagte nachfolgend gegen die Klagforderung aufrechnen will. Klagt er dagegen seine Gegenforderung in einer selbständigen Klage ein, so wird die rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge weder unmittelbar noch mittelbar in Frage gestellt, und das vorausgehende Urteil kann keine Ausschlußwirkung erzeugen. Rechnet nun der frühere Kläger in diesem zweiten Prozeß mit der seinerzeit ausgeurteilten Forderung auf, so steht dem nichts entgegen. Eine Ausschlußwirkung kommt daher nur bei einer Aufrechnung gegen die frühere Klagforderung, nicht aber bei einer Aufrechnung mit dieser Forderung in Betracht.

Von einem solchen Ausschluß kann daher praktisch nur der Beklagte des ersten Prozesses betroffen werden. Daß dies nicht gegen das Erfordernis der Gleichbehandlung der Parteien im Prozeß verstößt, wurde oben für die Einrede des BGB schon ausgeführt²⁾.

1) Der Ausschluß des Aufrechnungsvorbringens

Das Recht zur Aufrechnung³⁾ entsteht, wenn sich zwei Forderungen gegenüber-treten, die gegenseitig, gleichartig⁴⁾, fällig und rechtlich durchsetzbar bzw. erfüllbar sind, §§ 387, 390 BGB⁵⁾. Ein hierfür tatbestandserhebliches Verhalten des Gläubigers oder Schuldners liegt dabei nicht vor⁶⁾. Mit einer fremden Forderung kann man, auch im Falle einer Zustimmung des Gläubigers nach § 185 BGB, nicht aufrechnen⁷⁾. Damit kann auch kein Verschulden der Beteiligten gegeben sein.

1) Vgl. oben § 1 II b.

2) Oben § 12 zu Fußnote 16.

3) Davon zu trennen ist der Aufrechnungsvertrag, der kein Gestaltungsrecht ist, vgl. RGZ 104, 188; BGHZ 6, 204.

4) Vgl. zu diesem Begriff BGHZ 2, 306ff.

5) Das bedeutet nicht ein Einführung der Liquidität als Tatbestandsmerkmal, vgl. BayObLGZ 18, 295; vgl. auch oben § 9 Fußnote 6.

6) Wenn das OLG Naumburg (JW 1936, 1863) von einem Verschulden spricht, so kann dies nur auf die prozessuale Verzögerung des Aufrechnungsvorbringens beziehen, nicht aber auf den materiellen Tatbestand der Aufrechnung.

7) RGZ 78, 383f.

Andererseits ist typischerweise eine Gutgläubigkeit nicht denkbar. Ist auch nur eines der für die Aufrechnung gegebenen Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt, so besteht kein Gestaltungsrecht, und eine in Unkenntnis dieses Mangels gleichwohl abgegebene Gestaltungserklärung ist rechtlich bedeutungslos. Bei der Aufrechnung können die subjektiven Vorstellung daher nicht in rechtserheblicher Weise von den wirklichen Gegebenheiten abweichen⁸⁾.

Hiervon besteht nur eine Ausnahme. Irrt sich der Aufrechnende über die Gegenseitigkeit der beiden Forderungen, weil der gegen ihn gerichtete Anspruch ohne sein Wissen abgetreten worden ist, so tritt die Wirkung seiner Aufrechnung gegen den früheren Gläubiger trotzdem ein, § 407 I BGB. Die insofern gegebene Schutzwürdigkeit des Schuldners wird dann aber dadurch berücksichtigt, daß dieser vom früheren Gläubiger die Rückgängigmachung der Aufrechnung verlangen kann⁹⁾. Macht er von diesem Recht Gebrauch, so ist der Tatbestand der Gutgläubigkeit wieder aufgehoben. Beläßt er es dagegen bei der erklärten Aufrechnung, so verzichtet er insofern auf den Schutz seiner Gutgläubigkeit. In keinem Falle braucht diese daher hier berücksichtigt zu werden.

Außerdem ist die Aufrechnung gegenüber einem nicht mehr aktivlegitimierten früheren Gläubiger im Vergleich zu den normalen Aufrechnungsfällen von keiner großen praktischen Bedeutung. Für die Frage nach der Schutzwürdigkeit der Parteien ist die typische Sachlage bei einem Gestaltungsrecht maßgeblich. Rechtlich oder praktisch unbedeutende Besonderheiten sind nicht zu berücksichtigen¹⁰⁾.

Eine weitere Ausnahme zur beiderseitigen Wertfreiheit des Verhaltens ist der Fall des § 393 BGB. Hier bringt eine vorsätzliche unerlaubte Handlung die Passivforderung zum Entstehen¹¹⁾. Auch dieser Besonderheit kommt gegenüber den typischen Normalfällen der Aufrechnung nur geringe praktische Bedeutung zu. Sie kann daher für die vorliegende Untersuchung gleichfalls außer acht gelassen werden.

Aus dem Verhalten der Beteiligten ergibt sich also keine überwiegende Schutzwürdigkeit einer der Parteien.

8) Vgl. Lehmann-Hübner § 23 I; oben § 12 zu Fußnote 24.

9) § 407 BGB ist eine reine Schutzvorschrift für den Schuldner. Diesem steht daher nach Leistung an einen früheren Gläubiger die Wahl frei, wem gegenüber er erfüllen will, RGZ 83, 188; RG HRR 1932 Nr. 1001; BGH LM § 407 BGB Nr. 3. Dasselbe gilt in den Fällen der §§ 408, 409, 893, 2367 BGB (RG HRR 1934 Nr. 851).

10) Vgl. oben § 10 zu Fußnote 48.

11) Daß hierunter nicht nur die Forderungen fallen, die auf einen Tatbestand der vorsätzlichen unerlaubten Handlung gestützt werden, sondern auch solche, bei denen der zugrundeliegende Sachverhalt die Merkmale einer solchen unerlaubten Handlung aufweist, hat das RG (RGZ 167, 259) hervorgehoben.

Nunmehr ist die Zumutbarkeit eines Ausschlusses bzw. Nichtausschlusses des Aufrechnungsvorbringens zu untersuchen.

Der Zweck des Aufrechnungsrechts ist ein doppelter: Tilgungserleichterung und Sicherungsfunktion¹²⁾. Unter der ersteren ist zu verstehen die Möglichkeit für den Gestaltenden, seine eigene Schuld gegenüber dem Aufrechnungsgegner tilgen zu können, ohne dabei seine Leistung in natura erbringen zu müssen¹³⁾. Die letztere bedeutet für den Aufrechnenden, daß er seinen eigenen Anspruch auch dann befriedigen kann, wenn dieser schwer oder überhaupt nicht durchsetzbar ist¹⁴⁾. Wird der Beklagte in einem Prozeß zu frühzeitiger Ausübung seines Aufrechnungsrechts gezwungen, so verliert er diese beiden Funktionen nicht. Die Tilgungserleichterung erfährt dadurch keine Beeinträchtigung. Eine frühzeitige Erfüllung des Gegenanspruchs des Beklagten durch Aufrechnung steht sogar im Sinne der Sicherungsfunktion.

Dagegen ist es nicht der Zweck des Aufrechnungsrechts, zu vermeiden, daß eine Leistung eingefordert werden könnte, die sogleich zurückgegeben werden müßte¹⁵⁾. Dies weist Weigelin nach¹⁶⁾.

Auf etwaige Zinsansprüche des Gestaltungsberechtigten hat der Zeitpunkt des Aufrechnungsvollzugs keinen Einfluß, da die Forderung in jedem Falle rückwirkend zum Eintritt der Aufrechenbarkeit erlischt, § 389 BGB¹⁷⁾.

Andererseits treffen den Kläger im Falle des Nichtausschlusses keine sehr harten Folgen. Hat er seinen ausgeurteilten Anspruch vollstreckt, so ist dieser erloschen (§ 362 BGB). Eine nachfolgende Aufrechnung ist daher schon materiellrechtlich ausgeschlossen. Es wäre möglicherweise eine Störung der Zwangsvollstreckung durch Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage zu erwarten¹⁸⁾. Immerhin sieht das Gesetz den Gläubiger als so schutzwürdig an, daß es die Geltendmachung der Aufrechnung in der Berufungsinstanz beson-

12) Larenz Schuldrecht I § 27 III. Vgl. auch Kegel S. 55; Leonhard Aufrechnung S. 612.

13) Darauf, daß die Aufrechnung die Vernichtung der gegen den Gestaltenden gerichteten Forderung unter bewußter Tilgung des eigenen Anspruchs ist, weist das RG ausdrücklich hin (RGZ 80, 394; 171, 224). Ebenso BGH NJW 1955, 339.

14) Die Bedeutung der Sicherungsfunktion erweist sich insbesondere im Konkurs des Gestaltungsgegners. Hier ist im Zweifel sogar anzunehmen, daß ein vertraglicher Ausschluß der Aufrechnung nicht gelte (RGZ 142, 9). Vgl. hierzu auch RG JW 1913, 929; BGHZ 2, 305; RGZ 83, 188; Weigelin S. 29f. Auch das OLG Hamburg (OLGRspr 25, 332) weist darauf hin.

15) Was arglistig wäre, vgl. Weigelin S. 25 Fußnote 8.

16) Weigelin S. 26ff, insbesondere zu Fußnote 15.

17) RGZ 66, 273. Vgl. zum Falle der Aufrechnung gegen eine eingeklagte Teilforderung RGZ 66, 274; BGH LM § 387 BGB Nr. 12. Nicht zutreffend ist es dagegen, aufgrund dieser Überlegung die Aufrechnung unabhängig vom Zeitpunkt des Vollzugs als alte und damit ausgeschlossene Tatsache anzusehen (so aber das OLG Breslau JW 1930, 564, vgl. oben § 6 Fußnote 60).

(Forts. n. S.)

deren Bedingungen unterwirft, § 529 V ZPO¹⁹⁾.

Durch einen prozessualen Ausschluß ginge dem Aufrechnungsberechtigten bei einer nachfolgend vollzogenen Gestaltung seine Gegenforderung gleichwohl nicht verloren²⁰⁾. Es träte auch insofern keine unzumutbare Belastung ein²¹⁾.

Die Zumutbarkeit der Folgen eines Ausschlusses und die eines Nichtausschlusses halten sich also die Waage. Das gleiche gilt für die sich aus dem Verhalten der Parteien ergebende Schutzwürdigkeit.

Diese Auffassung wird bestätigt durch eine Reihe von Entscheidungen des RG und des BGH. Hier wird immer wieder auf die gleichberechtigte Stellung der beiden am Aufrechnungsverhältnis Beteiligten hingewiesen²²⁾.

Dem öffentlichen Interesse an einem Ausschluß folgend ist dieser daher für die Aufrechnung zu bejahen²³⁾.

2) Verhältnis dieses Ergebnisses zur Erfüllung

Die Aufrechnung ist nur eine Möglichkeit, einen Anspruch zum Erlöschen zu bringen. Ein anderer Weg ist der der Erfüllung, § 362 I BGB²⁴⁾. Wird diese erst nachträglich bewirkt, so steht einer Berufung auf die dadurch herbeigeführte Rechtsänderung auch dann nichts entgegen, wenn der Schuldner schon vorher hätte erfüllen können²⁵⁾. Es ist zu prüfen, ob sich diese Regelung mit der für das Aufrechnungsvorbringen gefundenen Lösung vereinbaren läßt, oder ob man nicht bei beiden Rechtsinstituten gleich entscheiden muß. Es wird sogar die Auffassung vertreten, die Aufrechnung analog zur Erfüllung zu regeln²⁶⁾.

Aufrechnung und Erfüllung sind, trotz der Ähnlichkeit ihrer Rechtswirkungen verschieden²⁷⁾. Die Aufrechnung ist nicht etwa ein Fall der Erfüllung, sondern neben dieser eine selbständige Möglichkeit, das Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen²⁸⁾. Beides hat zwar den Untergang der Leistungspflicht zur Folge, aber auf andere Weise. Bei der Erfüllung erhält der Gläu-

Fortsetzung von S. -90-

18) RG HRR 1935 Nr. 691. Für diese Klage ist die Aufrechnungseinrede allerdings in gleicher Weise ausgeschlossen wie durch die Rechtskraft, unten § 16 C.

19) Vgl. hierzu auch Blomeyer § 90 II 2a; BGHZ 34, 126.

20) Oben § 91. Darauf weisen vor allem hin: RG HRR 1935 Nr. 691; RGZ 64, 228; RG JW 1917, 45; WarnJahrb 1913 Nr. 389; Bay ObLGZ 18, 294; Seuffert-Walsmann § 767 Anm. 5; Förster-Kann § 767 Anm. 3c/bb.

21) Darauf weist auch Blomeyer (§ 90 II am Ende) hin.

22) So etwa: RGZ 80, 394; 171, 224; BGH NJW 1955, 339.

23) Zum Standpunkt der Rechtsprechung zu dieser Frage siehe oben § 2 I, § 4 zu Fußnote 44ff. Stets wird der Ausschluß aber nur mit rechtspolitischen Erwägungen oder dem Hindernis begründet, daß die Gestaltungslage maßgeblich sei (vgl. oben § 2 vor Fußnote 3). Eine Abwägung wie im Text wird nirgend vorgenommen.

Zur Literatur siehe oben § 2 II, § 4 II:

(Forts. n. S.)

biger die ihm zustehende Leistung in der vertraglich oder gesetzlich vorgesehenen Form. Die Aufrechnung bringt dem Gläubiger nicht die geforderte Leistung, sondern verweigert diese und bereichert das Vermögen des Gläubigers in der entsprechenden Höhe durch Befreiung von der Gegenschuld. Im Falle des § 406 BGB ist die Aufrechnung sogar Vereitelung der Erfüllung²⁹⁾.

Ein weiterer Unterschied liegt in folgendem. Eine Aufrechnung kann "eventuell" erklärt werden³⁰⁾. Der beklagte Schuldner kann sie unter dem Vorbehalt vollziehen, daß der eingeklagte Anspruch bestehe. Eine Eventualerfüllung gibt es dagegen nicht.

Auch wirkt allein die Aufrechnung zurück³¹⁾.

Diese Verschiedenheiten beider Rechtsinstitute rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung auch hinsichtlich des prozessualen Ausschlusses. Es kann bei der oben 1 genannten Lösung bleiben.

3) Ergebnis

Somit ist als Ergebnis festzuhalten: Ist das Bestehen einer Forderung rechtskräftig festgestellt, so kann der Schuldner gegen sie nicht nachfolgend aufrechnen und diese Aufrechnung in einem zweiten Prozeß innerhalb des oben § 3 I 1 genannten Rahmens geltend machen, wenn ihm diese Gestaltung subjektiv auch schon rechtzeitig in dem vorausgegangenen Prozeß möglich gewesen wäre.

Fortsetzung von S. -91-

- 24) Vgl. RGZ 120, 282, wo die qualitative Gleichstellung der im 3. Abschnitt des 2. Buchs des BGB genannten Tilgungsarten hervorgehoben wird. Im gleichen Sinne auch RG JW 1913, 929; Weigelin S. 35f zu Fußnoten 10, 14.
- 25) Das ist unbestritten. Statt vieler: Schwab ZZP 74, 302; Gaul JuS 1962, 1. Vgl. auch RG HRR 1935, Nr. 691; RGZ 117, 68.
- 26) Weismann Lehrbuch S. 99f; Blomeyer § 90 II 2; gegen Blomeyer: Böttcher ZZP 77, 483f.
- 27) Lippmann Kompensation S. 233; Abraham S. 42 ff; Wach ZZP 27, 13; Kohler ZZP 20, 31.
- 28) Vgl. RG HRR 1935 Nr. 691; Staudinger-Werner Einl. A vor § 362.
- 29) Das betont Abraham S. 42ff.
- 30) Schwab Prozeßaufrechnung S. 943ff, insbes. S. 945, 946f, 949; Oertmann Aufrechnung IX. Kapitel, insbes. S. 268ff; RGZ 57, 101; 97, 273; RG JW 1914, 76.
- 31) Auf die Bedeutung dieses Unterschieds weist auch Henckel ZZP 74, 174 hin.

II) Die Anfechtung

Ein Anfechtungsrecht kann sich ergeben aus den §§ 119, 120, 123, 2078, 2281 BGB. Es wirkt in erster Linie rechtsvernichtend, § 142 I BGB. Zugleich kann es rechtsbegründend sein, nämlich dann, wenn seine Ausübung die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs des Gegners nach § 122 I BGB, eines Rückforderungsrechts nach §§ 812 ff BGB oder eines erbrechtlichen Anspruchs zur Folge hat³²⁾. Gestaltungsberechtigt ist nach §§ 119, 120, 123 BGB diejenige Partei, welche die anfechtbare Willenserklärung abgegeben hat. Das ist in der Regel nur einer der am Gestaltungsverhältnis Beteiligten. Bei der Anfechtung nach §§ 2078, 2079, 2281 BGB ist stets nur eine Partei gestaltungsberechtigt, und zwar diejenige, welcher die Anfechtung Rechtsvorteile bringt (§ 2080 I). Nur diese Partei kann daher jeweils von einem Ausschluß betroffen sein³³⁾.

1) Die Anfechtung nach §§ 119, 120 BGB

Das Anfechtungsrecht aus § 119 entsteht als Folge eines Irrtums des künftig Anfechtungsberechtigten über den Inhalt oder die objektive Bedeutung der abgegebenen Willenserklärung³⁴⁾. Ein Irrtum ist eine falsche Vorstellung von den wirklichen Tatsachen³⁵⁾. Ein solches unrichtiges subjektives Bild könnte durch entsprechende Prüfung der objektiven Sachlage berichtigt werden. So hätte sich der über die Bedeutung eines fremdsprachlichen Worts oder über die wahren Eigenschaften der Sache Irrende richtig informieren³⁶⁾ oder sich von einem irrigen Beweggrund lösen können³⁷⁾. Unterläßt er dies, so handelt er nachlässig. Zwar spielt Fahrlässigkeit für den Tatbestand des § 119 keine Rolle³⁸⁾. Dem Anfechtungsrecht liegt hier aber gleichwohl stets fahrlässiges Verhalten des künftig Anfechtungsberechtigten zugrunde³⁹⁾. Das gilt auch dann, wenn Erklärender und Anfechtungsberechtigter nicht identisch sind, wie bei der Vertretung⁴⁰⁾.

32) Welche Möglichkeiten im einzelnen in Frage kommen, durch Anfechtung einer Willenserklärung einen gegnerischen Anspruch zu vernichten oder ein neues Rechtsverhältnis zu begründen, führt Reichel S. 24ff aus.

33) Eine Berufung der einen Partei auf die von der anderen Partei vollzogene Gestaltung wird unten § 15 I untersucht.

34) Zur Frage, in welchen Formen ein Irrtum zur Anfechtung im einzelnen berechtigt, vgl. Soergel-Siebert § 119 Anm. 16ff.

35) Palandt-Danckelmann § 119 Anm. 2b. Hat der Betreffende gar keine Vorstellungen entwickelt, so entfällt die Anfechtbarkeit, RGZ 77, 312; 88, 283.

36) RG JW 1907, 506.

37) RGZ 116, 18.

38) So besonders ausdrücklich RGZ 62, 205; 116, 19.

39) So erwähnt das RG (RGZ 116, 19) ausdrücklich eine mögliche Konkurrenz zwischen Schadensersatzansprüchen aus § 122 BGB und aus culpa in contrahendo.

40) RGZ 105, 185. Beachte bei Blankourkunden aber BGHZ 40, 68; 40, 304; RGZ 138, 269.

Der Erklärungsgegner dagegen verhält sich schuldlos. Zumeist vertraut er darüberhinaus auf die endgültige Verbindlichkeit der Erklärung seines Partners. Er ist insofern gutgläubig. In diesen Fällen sieht ihn auch das Gesetz als schutzwürdig an. Es ermöglicht dem Irrenden zwar die Lösung von seiner Erklärung, verpflichtet ihn aber zugleich zum Schadensersatz, § 122 I BGB⁴¹⁾. Nur beim Fehlen dieser Gutgläubigkeit entfällt auch diese Verpflichtung, § 122 II BGB.

Das Recht, eine Willenserklärung nach § 120 BGB unwirksam zu machen, entsteht, wenn sie an den Erklärungsempfänger falsch übermittelt worden ist und dadurch einen Sinn erlangt hat, der vom Erklärenden bei verständiger Würdigung des Falles nicht gewollt wäre⁴²⁾. Diese falsche Übermittlung beruht auf dem Versehen eines Dritten und ist weder dem Erklärenden noch dem Empfänger zuzuschreiben. Beide sind gutgläubig. Beider Verhalten ist gleich zu bewerten.

Die Folgen einer vorzeitigen Ausübung der Anfechtung sind für den Gestaltungsberechtigten erträglich. Er ist ohnehin zu unverzüglichem Vollzug verpflichtet (§ 121 I BGB), so daß ihn ein prozessualer Ausschluß praktisch nicht treffen kann. Diese Verpflichtung entsteht zwar erst mit dem Augenblick, in dem er von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt (§ 121 I BGB). Aber auch ein prozessualer Ausschluß könnte nicht vorher eintreten⁴³⁾.

Materiellrechtliche und prozessuale Ausschließung der Gestaltung würden praktisch zum gleichen Ergebnis führen. Der verfahrensrechtliche Ausschluß des Vorbringens könnte die materielle Rechtsstellung des Anfechtungsberechtigten nicht beeinträchtigen.

Aus diesen Gründen würden sich auch für den Gestaltungsgegner durch einen Nichtausschluß keine ungünstigeren Folgen ergeben als durch einen Ausschluß.

Hinsichtlich der Zumutbarkeit beider Lösungsmöglichkeiten ist die Schutzwürdigkeit der Beteiligten also als gleich zu bewerten. Aufgrund des schuldhaften Verhaltens des Anfechtungsberechtigten im Falle des § 119 BGB und in Anbetracht des öffentlichen Interesses am Ausschluß ist dieser für das Anfechtungsvorbringen aus §§ 119, 120 BGB zu bejahren⁴⁴⁾.

41) Vgl. RGZ 59, 157.

42) Soergel-Siebert § 120 Anm. 5, 7.

43) Oben § 9.

44) Die Rechtsprechung äußert sich hierzu nicht ausdrücklich; vgl. allenfalls oben § 2 Fußnote 6. Zur Literatur siehe oben § 2 II, § 4 II.

2) Die Anfechtung nach § 123 BGB

Das Anfechtungsrecht nach § 123 BGB entsteht entweder infolge einer arglistigen Täuschung des künftig Gestaltungsberechtigten oder aber durch eine widerrechtliche Drohung.

Maßgeblich bei der ersten Alternative ist, ob die Angaben einen Irrtum des anderen Teils erregen sollten⁴⁵⁾. Es muß immer ein entsprechender Vorsatz gegeben sein⁴⁶⁾. Marktschreierische Anspreisungen ohne tatsächlich falsche Behauptungen erfüllen den Tatbestand des § 123 nicht⁴⁷⁾. Der Anfechtungsgegner verhält sich hier immer vorsätzlich schuldhaft.

Im Falle der zweiten Alternative des § 123 BGB bedroht der Gestaltungsgegner die andere Partei vorsätzlich mit einem empfindlichen Übel⁴⁸⁾. Das Anfechtungsrecht entfällt, wenn er hierbei gerechtfertigt ist⁴⁹⁾. Es entsteht sogar schon dann nicht, wenn der Drohende in gutem Glauben an das Bestehen eines in Wahrheit nicht existenten Anspruchs handelt, um dessen Durchsetzung zu sichern⁵⁰⁾. Überhaupt entfällt die Widerrechtlichkeit, wenn der angestrebte Zweck aus irgendwelchen Gründen zu billigen ist, also wenn etwa der Gläubiger seinen Schuldner, der dessen Recht auf Zahlung vereiteln wollte, durch Drohung zur Unterschrift auf einer vollstreckbaren Urkunde bestimmt hat⁵¹⁾.

Bei der Anfechtung aus § 123 BGB ist das Verhalten des Anfechtungsgegners daher immer vorsätzlich schuldhaft, im Falle der Drohung dazu rechtswidrig.

Der andere Teil hingegen ist schuldlos, im Falle der Täuschung dazu gutgläubig⁵²⁾.

Der Ausschluß dieses Gestaltungsrechts würde den Berechtigten besonders hart treffen. Sein Gegner könnte unmittelbar nach Abgabe der anfechtbaren Willenserklärung den betreffenden Anspruch einklagen und die Drohung solange aufrechterhalten, bis über die Klage rechtskräftig entschieden worden ist⁵³⁾. Die Klage ermöglichte es ihm dem Bedrohten, eine Loslösung von dessen Willenserklärung abzuschneiden. Die Rechtskraft wäre ein Mittel, mit unsittlichem Verhalten begründete Ansprüche zu erhalten und zu legalisieren. Dies stünde gera-

45) RG JW 1907, 473.

46) Vgl. BGH LM § 123 BGB Nr. 12.

47) So vor allem etwa OLG Hamburg OLGRspr 28, 26; OLG München OLGRspr 28, 28.

48) BGHZ 2, 295; BGH LM § 123 BGB Nr. 3.

49) RGZ 64, 59; vgl. § 229 BGB.

50) RGZ 108, 102; 112, 226; BGHZ 25, 220.

51) RGZ 102, 311.

52) Vgl. OLG Stuttgart NJW 1955, 1562.

53) Dies gilt dagegen nicht bei arglistiger Täuschung, oben § 9 zu Fußnote 4.

de im Widerspruch zum Gesetz, das etwa in den §§ 226, 242 BGB diese Möglichkeit ausschließt⁵⁴⁾.

Insbesondere gibt § 826 BGB die Möglichkeit, trotz der Rechtskraft einer Entscheidung diese praktisch hinfällig zu machen, wenn sie auf unsittlichem Verhalten des Prozeßgegners beruht⁵⁵⁾. Auch hier weicht die Rechtskraft mittelbar dem Grundsatz von Treu und Glauben, der sowohl das materielle als auch das Prozeßrecht beherrscht⁵⁶⁾. Ein Ausschluß des Anfechtungsrechts nach § 123 BGB stünde in Widerspruch zur Regelung beider Rechtsgebiete⁵⁷⁾.

Der BGH verweist zur Rechtfertigung eines Ausschlusses des auf § 123 BGB beruhenden Gestaltungsvorbringens zwar gerade auf die Möglichkeit für den Getäuschten oder Bedrohten, über § 826 BGB die unzumutbaren Folgen des Ausschlusses auszugleichen⁵⁸⁾. Darauf, daß sich solche Folgen auf diesem Wege aber keineswegs stets beseitigen lassen, wurde schon hingewiesen⁵⁹⁾.

Ein Ausschluß des Gestaltungsvorbringens wäre dem Berechtigten unzumutbar.

Aus all dem ergibt sich die Notwendigkeit, dem aus § 123 BGB Anfechtungsberechtigten sein Vorbringen in jedem Falle zu erhalten. Der Ausschluß dieses Gestaltungsvorbringens ist abzulehnen⁶⁰⁾.

3) Die Anfechtung nach §§ 2078, 2079, 2281 BGB

Es verbleiben die Anfechtungsrechte aus dem Erbrecht. Zur Aufhebung eines Testaments nach § 2078 BGB berechtigt ist, wem "die Aufhebung dieser letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde" (§ 2080 I BGB). Die Problematik eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens kann etwa in folgendem Falle auftreten: Ein Anspruch leitet sich aus einer letztwilligen Verfügung her, beispielsweise aus einem Vermächtnis (§ 2174 BGB). Der Verpflichtete wäre nach gesetzlicher Erbfolge gleichfalls Erbe, aber ohne mit dieser

54) In diesem Sinne auch das OLG Stuttgart (NJW 1955, 1562). Es hebt vor allem die Schutzbedürftigkeit des Gestaltungsberechtigten hervor. Es bejaht allerdings einen Ausschluß im Rahmen der subjektiven Theorie.

55) RGZ 61, 364f; 75, 214f; 78, 393; 155, 60; 168, 12 mit Nachweisen; RG JW 1926, 1148; 1928, 1853; BGH LM § 826 BGB Nr. 6, 9; BGHZ 26, 396f; Gaul JuS 1962, 2ff.

56) Oben § 7 Fußnote 5.

57) Vgl. OLG Stuttgart NJW 1955, 1562.

58) BGH NJW 1964, 1798.

59) Oben § 9 zu Fußnote 63.

60) Anderer Ansicht das RG (oben § 2 Fußnote 3), der BGH (Oben § 2 Fußnote 8) und das OLG Stuttgart aaO. Siehe zur Begründung dieser gegenteiligen Auffassung oben Fußnote 23, zu den Auffassungen in der Literatur oben § 2 II, § 4 II.

Verbindlichkeit beschwert zu sein. Der Erbe könnte anfechten. Er wartet damit aber, bis er rechtskräftig zur Erfüllung des Vermächnisses verurteilt ist. Hier fragt es sich, ob er damit in einem zweiten Prozeß noch zu hören ist.

Zu einer Anfechtung nach § 2079 BGB ist nur der übergangene Pflichtteilsberechtigter befugt (§ 2080 III BGB). Diesem kann aber keine Verpflichtung aus der anfechtbaren letztwilligen Verfügung obliegen (§ 2303 BGB). Die Problematik der vorliegenden Untersuchung kann daher bei diesem Anfechtungsrecht nicht auftreten.

Nach der gesetzlichen Regelung (§§ 2078, 2080 BGB) ist das Verhalten der Beteiligten für die Entstehung des Anfechtungsrechts unerheblich⁶¹⁾. Dieses Verhalten ist daher wertneutral.

Aus dem Wesen dieser Anfechtung ergibt sich, daß ihre Ausübung den Gestaltungsberechtigten nur von Verbindlichkeiten befreit. Sie bringt ihm allein Rechtsvorteile, ohne ihn zugleich rechtlich zu belasten. Der einzige Nachteil, der ihm aus einer Pflicht zur vorzeitigen Anfechtung erwüchse, wäre die Abkürzung seiner Überlegungsfrist. Die rechtlichen und praktischen Grundlagen für seine Entscheidung bestehen im Regelfall aber schon mit dem Eintritt der Gestaltungslage und ändern sich auch nach längerem Zuwarten nicht entscheidend. So sind insbesondere der Anfechtungsgrund, also der Irrtum des Erblassers, und die sich daraus ergebenden Folgen dem Gestaltungsberechtigten bekannt. Man kann diesem daher zumuten, die Konsequenzen aus diesen Gegebenheiten auch schon vorzeitig zu ziehen und seine Entscheidung über eine Anfechtung zu treffen.

In Anbetracht dessen und des öffentlichen Interesses ist für einen Ausschluß des Anfechtungsvorbringens zu entscheiden.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses erweist sich an einem Vergleich mit den Einreden des BGB. § 2083 BGB gibt dem Gestaltungsberechtigten das Recht, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu verweigern, wenn die zugrundeliegende letztwillige Verfügung anfechtbar ist oder gewesen ist. Diese Einrede ist durch die Rechtskraft ausgeschlossen⁶²⁾. Sie würde den Anspruch nur hemmen. Eine Anfechtung dagegen würde ihn vernichten. Wenn der Schuldner nun schon das in seiner Wirkung auf den betreffenden Anspruch schwächere Recht der Einrede verliert, so kann er das weitaus stärkere Recht zur Anfechtung

61) Daß das Anfechtungsrecht infolge des Irrtums des Erblassers entsteht (vgl. oben zu Fußnote 39), spielt keine Rolle, da dieser nicht am Gestaltungsverhältnis beteiligt ist, vgl. RGRK-BGB § 2080 Anm. 1.

62) Oben § 12.

nicht noch ausüben dürfen. Dieses muß ebenso dem Ausschluß unterliegen⁶³⁾. Auf das zur Einrede Gesagte kann verwiesen werden.

§ 2281 BGB bezieht in den Kreis der Anfechtungsberechtigten beim Erbvertrag auch den Erblasser selbst ein⁶⁴⁾. Ansprüche aus diesem Vertrag können indes erst mit dem Tode des Erblassers wirksam werden⁶⁵⁾. Es kann daher nie eine begründete Klage aus diesem Vertrag gegen den Erblasser mit einer Anfechtung des Vertrags durch diesen zusammentreffen. Ansonsten gilt hier dasselbe wie oben zu § 2078 gesagt.

4) Zusammenfassung

Läßt es also ein nach §§ 119, 120, 2078 oder 2281 BGB Anfechtungsberechtigter zu einer rechtskräftigen positiven oder negativen Feststellung eines Anspruchs kommen, obwohl er dies durch Ausübung seines Gestaltungsrechts hätte verhindern können, so kann er die Gestaltung nicht nachfolgend noch vollziehen und gegenüber der vorausgegangenen Feststellung unmittelbar oder mittelbar geltend machen.

Der nach § 123 BGB Anfechtungsberechtigte unterliegt dagegen keiner Einschränkung in der nachträglichen Ausübung und Geltendmachung seines Rechts.

III) Der Rücktritt vom Vertrage

Bei dem Recht, von einem Vertrag zurücktreten zu können, unterscheidet man die gesetzliche und die vertraglich begründete Befugnis zur Aufsa⁶⁶⁾.

Sie kann rechtvernichtend oder auch rechtsbegründend wirken. Vernichtet werden die Ansprüche aus dem aufgelösten Vertragsverhältnis, zur Entstehung kommen neue Ansprüche aus dem Abwicklungsverhältnis (vgl. § 346 BGB). Dies letztere wäre der Fall etwa in folgendem Beispiel: Der Verkäufer erklärt nach seiner Leistung den Rücktritt und klagt auf Rückgewähr des geleisteten Gegenstands (§ 346 BGB). Die Klage wird rechtskräftig abgewiesen, weil die Rücktrittserklärung nicht zugegangen und die Gestaltung daher nicht wirksam erfolgt sei⁶⁷⁾. Nun vollzieht der Kläger den Rücktritt ordnungsgemäß und erhebt eine zweite Klage gleichen Inhalts. Gestaltungsberechtigt und daher von einem möglichen Ausschluß betroffen ist beim gesetzlichen Rücktrittsrecht in der Regel jeweils nur ein Vertragspartner.

63) Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung fehlen hierzu. Vgl. allenfalls oben § 2 Fußnote 6.

64) RG WarnRspr 1936 Nr. 128; Staudinger-Dittmann § 2281 Anm. 3.

65) Staudinger-Dittmann Vorbem. 26 vor § 2274.

66) Vgl. Larenz Schuldrecht I § 25 I a.

67) Dieser Fall ist ebenso zu behandeln wie derjenige, in welchem trotz Bestehens der Gestaltungslage eine Vollzugserklärung gar nicht erst abgesendet wurde, vgl. oben § 6 zu Fußnote 20.

Beim vertraglichen steht die Berechtigung beiden oder gleichfalls nur einem Teil zu.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht entsteht durch Anordnung des Gesetzes⁶⁸⁾, das vertragliche durch Vereinbarung zwischen den Beteiligten⁶⁹⁾. Ist das Recht zum Rücktritt hier auf ein freiwilliges Zugeständnis des potentiellen Rücktrittsgegners zurückzuführen, so ist es dort die ipso iure eintretende Folge eines gesetzlichen Tatbestands. Es empfiehlt sich daher, die Frage der Schutzwürdigkeit der Beteiligten für die beiden Fallgruppen getrennt zu untersuchen.

1) Das gesetzlich begründete Rücktrittsrecht

Das gesetzlich begründete Rücktrittsrecht ist nicht an einer Stelle des Gesetzes allgemein geregelt, sondern erscheint an verschiedenen Orten, jeweils von Fall zu Fall ausgestaltet⁷⁰⁾. Die Entstehung des Rücktrittsrecht knüpft oft an ein illoyales Verhalten des möglichen Rücktrittsgegners gegenüber seinem Vertragspartner an. In § 325 BGB ist es eine Folge der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung, in § 326 BGB des Verzugs des Schuldners⁷¹⁾. In §§ 636 I BGB und 30, 31 VerIG tritt es wegen nicht rechtzeitiger Herstellung oder nicht vertragsgemäßer Beschaffenheit des geschuldeten Werks ein, in § 16 II VVG wegen unterbliebener⁷²⁾ Anzeige der Gefahrumstände und in § 32 VerIG wegen mangelnder Erfüllung der (sich aus § 14 VerIG für den Verleger ergebenden) Vervielfältigungs- und Verbreitungspflicht⁷³⁾. In allen diesen Fällen liegt also ein zumindest fahrlässiges Verhalten des Rücktrittsgegners vor^{74) 75)}.

Der Gestaltungsberechtigte verhält sich neutral. Ist ihm gleichfalls vertragswidriges Verhalten vorzuwerfen, so verliert er nach dem Grundsatz von Treu und Glauben sein Gestaltungsrecht^{76) 77)}.

68) Unten zu Fußnote 67.

69) Unten 2.

70) Zum Beispiel §§ 325, 326, 636 I BGB, 30, 31 VerIG, 16 II VVG.

71) Dies wird auch in BGHZ 20, 345 betont.

72) Aber geschuldeter Anzeige, § 16 I VVG.

73) Vgl. zum Rücktritt im Verlagsrecht auch BGH NJW 1958, 1531.

74) RGZ 123, 241; BGHZ 20, 345.

75) Vgl. auch den Fall positiver Forderungsverletzung, hierzu Staudinger-Werner Vorbem. I 2b vor § 346 und oben Fußnote 71.

76) RGZ 67, 319; 120, 193; 123, 241; 149, 404; 152, 123; RG JW 1913, 918; HRR 1936 Nr. 391; RAG HRR 1932 Nr. 526. Vgl. allerdings BGH NJW 1958, 1531, der in besonderen Fällen auch hier das Rücktrittsrecht nicht abspricht.

77) Das Recht, Schadensersatz wegen positiver Forderungsverletzung zu verlangen, bleibt (vorbehaltlich der Schadensansprüche der anderen Partei) dagegen davon unberührt, RGZ 67, 319; 107, 348; 109, 55; 120, 193; 123, 241; 149, 401; 152, 119.

Auch das Gesetz sieht den Gestaltungsberechtigten, der den Rücktrittsgrund nicht zu vertreten hat, als besonders schutzwürdig an. Dieser haftet daher nicht nach den §§ 346ff BGB wie der andere Teil (vgl. § 327 Satz 1 BGB), sondern nur nach §§ 812ff BGB (vgl. § 327 Satz 2 BGB)⁷⁸⁾. Insoweit ist die Schutzwürdigkeit des Gestaltungsgegners geringer als die des Rücktrittsberechtigten.

Nunmehr ist zu prüfen, wie weit ein frühzeitiger Ausschluß des Rücktrittsvorbringens dem Wesen des gesetzlichen Rücktritts widerspräche und daher dem Berechtigten unzumutbar wäre.

Wegen des dem Vertragszweck zuwiderlaufenden Ereignisses soll es dem Gestaltungsberechtigten überlassen sein, ob er ein weiteres Festhalten an dem betreffenden Schuldverhältnis noch als sinnvoll ansieht, oder ob er sich davon lösen möchte⁷⁹⁾. Ist dieses Ereignis eingetreten, so ist damit die Grundlage für die Entscheidung des Rücktrittsberechtigten gegeben. Künftige sachliche oder rechtliche Veränderungen berühren diese nicht mehr. Hat sich etwa herausgestellt, daß innerhalb eines gegenseitigen Vertrags dem einen Teil die Erbringung der Leistung unmöglich ist und daß er dies zu vertreten hat (§ 325 I BGB), so sind alle Voraussetzungen für eine Entscheidung gegeben. Ein weiteres Zuwarten würde daran nicht ändern.

Insoweit spielt es also keine Rolle, ob der Rücktrittsberechtigte die Gestaltung sofort oder erst nach einem längeren Zeitraum vollzieht. Der vorzeitige Rücktritt ist ihm insofern zumutbar.

Durch einen vorzeitigen Rücktritt verliert der Betreffende auch keine anderen Rechte als durch einen nachfolgend erklärten. Für seine Rechtsposition bleibt es sich in dieser Hinsicht gleich, wann er gestaltet⁸⁰⁾. Die vorzeitige Gestaltung wäre dann unzumutbar, wenn sie dem Wesen des gesetzlichen Rücktritts widerspräche. Dieser soll, wie schon ausgeführt, dem einen Vertragspartner ermöglichen, die Folgen eines den Vertragszweck gefährdenden Ereignisses zu kompensieren. Der gesetzliche Rücktritt ist eine außerordentliche und unvorhergesehene Auflösung eines Schuldverhältnisses⁸¹⁾. Sie soll,

78) Diesen Zweck des § 327 Satz 2 BGB hebt das RG ausdrücklich hervor (RGZ 116, 123; 130, 123), unter Verweisung auf die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Einige Autoren geben dem Rücktritt rückwirkende Kraft, so zum Beispiel RGRK-BGB Anm. 1 vor § 346; Palandt-Danckelmann Anm. 1 vor § 346; Enneccerus-Lehmann § 38 II. Anderer Ansicht Larenz Schuldrecht I § 25 I a. Vgl. unten Fußnote 152.

79) Vgl. Larenz aaO.

80) In diesem Sinne auch das OLG Dresden (OLGRspr 16, 292). Dieses bejaht die Zumutbarkeit eines Ausschlusses des Rücktrittsvorbringens, allerdings nur im Rahmen der subjektiven Theorie. Dies ist die einzige Stellungnahme der Rechtsprechung zur Frage des Ausschlusses des Rücktrittsvorbringens.
(Forts. n. S.)

nach dem Eintritt der gefährdenden Tatsache und dem damit verbundenen Verlust des Vertrauensverhältnisses, entweder herbeigeführt werden oder, wenn dem Rücktrittsberechtigten das Festhalten am Vertrag gleichwohl angebracht erscheint, ausbleiben⁸²⁾. Nicht aber soll sie es dem Berechtigten ermöglichen, das Schuldverhältnis auf längere Zeit hin unter der Bedrohung einer Auflösung in der Schwebe zu halten⁸³⁾. Obwohl sich aus dem materiellen Recht zunächst keine zeitliche Beschränkung des Rücktritts ergibt, soll sich der Berechtigte noch dem Grundsatz von Treu und Glauben in kurzer Zeit entscheiden⁸⁴⁾. Auch ist nach allgemeiner Meinung ein Nachschieben von Rücktrittsgründen, die in der Vollzugserklärung nicht angeführt wurden, obwohl sie dem Gestaltungsberechtigten bekannt waren, unzulässig⁸⁵⁾. Zudem erlöschen im Falle des § 326 BGB mit dem fruchtlosen Ablauf der Nachfrist sowohl der Erfüllungsanspruch des Gestaltungsberechtigten⁸⁶⁾ als auch der Anspruch des Gestaltungsgegners⁸⁷⁾. Dies gilt unabhängig davon, ob der Berechtigte sich nachfolgend zum Schadensersatzverlangen oder zum Rücktritt entschließt⁸⁸⁾. Dem Wesen dieses Rechtsverhältnisses, das keine Rechte erzeugt, widerspräche es nicht, wenn der Gestaltungsberechtigte sich frühzeitig entscheiden und es entweder durch Rücktritt ganz aufheben oder ihm durch das Schadensersatzverlangen wieder einen Inhalt geben müßte.

Hinsichtlich des Parteiverhaltens ist also die Schutzwürdigkeit des Gestaltungsgegners geringer, hinsichtlich der Zumutbarkeit die des Gestaltungsberechtigten. Unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses und im besonderen des Wesens des gesetzlichen Rücktritts ist für einen Ausschluß dieses Gestaltungsvorbringens zu entscheiden⁸⁹⁾.

Fortsetzung von S. -100-

- 81) Der gesetzlich begründete Rücktritt ist daher der außerordentlichen Kündigung ähnlich, vgl. BGH NJW 1958, 1531; Molitor S. 12f; Staudinger-Werner Vorbem. I 1 v vor § 346; unten zu Fußnote 98.
- 82) Die Bedeutung des Vertrauensverhältnisses, insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen, hebt der BGH hervor (BGH NJW 1958, 1531).
- 83) Vgl. Larenz Schuldrecht I § 25 I a.
- 84) Dies wird immer wieder hervorgehoben, vgl. zB RGZ 107, 109; 107, 348; 123, 240; RG JW 1936, 2391; RGRK-BGB § 326 Anm. 24.
- 85) RGZ 123, 240; RG HRR 1930 Nr. 1437. Daher müssen die Rücktrittsgründe einzeln angegeben werden, RG JW 1927, 1634; 1936, 2391; BGH LM § 276 BGB (Hd) Nr. 1. Allerdings können diese Gründe mit einer neuen Rücktrittserklärung noch geltend gemacht werden, sofern nichts anderes entgegensteht, wie etwa wiederum der Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. RGRK-BGB Anh. 16 zu § 326).
- 86) RGZ 50, 263; 52, 94; 57, 105; 107, 347; RG HRR 1931 Nr. 204; vgl. § 326 I 2 BGB letzter Halbsatz.
- 87) BGHZ 20, 343f.
- 88) RGZ 107, 348.
- 89) Anderer Ansicht OLG Dresden OLGRspr 16, 292f. Hier gilt das oben Fußnote 60 Gesagte entsprechend. (Fort. n. S.)

2) Das vertraglich begründete Rücktrittsrecht

Das vertragliche Rücktrittsrecht ist nicht durch das Gesetz konstituiert, sondern ergibt sich aus einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien. Diese Vereinbarung kann durch ausdrückliche Klausel getroffen werden oder aber sich mittelbar aus dem Vertragsverhältnis ergeben. Das letztere ist etwa der Fall, wenn ein Miterbe einen Nachlaßgegenstand mit der Verpflichtung übernimmt, die übrigen Miterben abzufinden, und mit dieser Abfindung in Verzug kommt. Dann haben diese Miterben das Recht, von dem Vertrag zurückzutreten⁹⁰⁾.

Gesetzliche Vorschriften für das vertragliche Rücktrittsrecht gibt es nur hinsichtlich der Abwicklung (§§ 346ff BGB).

Ein typisches Verhalten der Parteien läßt sich nicht feststellen, da die einzelnen Fälle zu verschiedenartig sind. Dem vertraglichen Rücktritt kann etwa ein Verschulden des Gestaltungsgegners, eine insofern wertfreie Tatsache oder auch überhaupt kein tatbestandlich fixiertes Ereignis zugrundeliegen⁹¹⁾. Maßgeblich für die Schutzwürdigkeit der Beteiligten muß daher hier allein die Zumutbarkeit des Ausschlusses bzw. Nichtausschlusses sein. Dafür ist beim vertraglichen Rücktritt zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen für den Vollzug eine Frist vereinbart ist, und solchen, in denen der Vertrag eine Befristung nicht vorsieht (§ 355 BGB).

a) Das befristete Rücktrittsrecht

Im ersteren Falle nimmt der Rücktrittsgegner aus freien Stücken die Unge-
wißheit in Kauf, ob es vor dem Ablauf der Frist bei dem Vertrage bleiben wird. Der Ausschluß des Rücktrittsvorbringens gäbe hier dem Rücktrittsgegner die Möglichkeit, seine vertraglichen Zugeständnisse rückgängig zu machen. Er brauchte nur gegen den anderen Teil zu klagen und zu erwirken, daß die letzte mündliche Tatsachenverhandlung vor dem Ablauf der Gestaltungsfrist liegt. Der Prozeß gäbe ihm damit das Mittel, sich von seiner vertraglichen Verpflichtung, den Rücktritt hinzunehmen, zu befreien. Dabei käme seinem Partner keine äqui-
valente Erleichterung bei dessen Vertragspflichten zu⁹²⁾. Der Gestaltungsgegner könnte sogar, wenn es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, nach § 258 ZPO auf die erst künftig fälligen wiederkehrenden Leistungen klagen und

Fortsetzung von S. -101-

89) Hellwig (System I S. 799 Fußnote 43) verlangt, daß der Ausschluß ins Ur-
teil aufgenommen werden müsse, um wirksam zu sein, ähnlich dem Muster
des § 780 ZPO. Dies läßt sich de lege lata indes kaum begründen. Auch
Hellwig läßt eine Begründung vermissen.

90) BGH LM § 346 BGB Nr. 1.

91) Vgl. hierzu oben zu Fußnote 90, unten zu Fußnote 96, 97; siehe im übrigen
Larenz Schuldrecht I § 25 I b.
(Forts. n. S.)

so den Rücktrittsberechtigten auf beliebige Dauer am Vertrage festzuhalten⁹³⁾.

Daraus folgt, daß es dem Gestaltungsberechtigten unzumutbar wäre, eine Abkürzung seiner Frist hinzunehmen⁹⁴⁾.

Andererseits ist nach dem Ablauf dieser Frist der Rücktritt schon materiell-rechtlich nicht mehr möglich, und ein prozessualer Ausschluß stieße daher ins Leere.

b) Das unbefristete Rücktrittsrecht

Ist eine bestimmte Frist dagegen nicht vereinbart, so kann der Rücktrittsgegner dem Berechtigten einen angemessenen Zeitraum setzen, mit dessen Ablauf das Gestaltungsrecht erlischt, § 355 Satz 2 BGB⁹⁵⁾. Nach dem zum befristeten Rücktrittsrecht Gesagten muß eine Beschneidung auch dieser Frist durch einen prozessualen Ausschluß abgelehnt werden, während ein solcher Ausschluß nach diesem Zeitpunkt gegenstandslos wäre.

Hierbei ist noch einmal zu differenzieren. Die Ausübung des Rücktrittsrechts kann dem Berechtigten entweder frei von einer Bindung an bestimmte Voraussetzungen überlassen oder aber nur nach Verwirklichung eines fest umrissenen Tatbestands erlaubt sein⁹⁶⁾.

Das letztere ist etwa gegeben, wenn das Rücktrittsrecht aufgrund der vertraglichen Vereinbarung nur beim Vorliegen eines Fehlers des Vertragsgegenstandes oder einem vertragswidrigen Verhalten der anderen Partei entsteht, wie beispielsweise im oben zitierten Fall des Miterben⁹⁷⁾. In diesem Falle ähnelt das vertragliche Rücktrittsrecht dem gesetzlichen als einer außerordentlichen Möglichkeit zur Aufhebung des Schuldverhältnisses⁹⁸⁾. Die nach § 355 BGB zu setzende Frist⁹⁹⁾ wird hier in der Regel verhältnismäßig kurz sein¹⁰⁰⁾. Eine rasche Entscheidung des Gestaltungsberechtigten entspricht dieser Situation und ist ihm zumutbar. Dafür spricht auch, daß das Gesetz dem Gestaltungsgegner überhaupt die Möglichkeit gibt, die Ungewißheit über das Fortbestehen des Rechtsverhältnisses durch die Fristsetzung zu beseitigen¹⁰¹⁾.

Fortsetzung von S. -102-

92) Dieser Klage stünde nicht etwa der Grundsatz des 'venire contra factum proprium' entgegen (vgl. Staudinger-Weber § 242 Anm. D 323).

93) Vgl. Stein-Jonas-Pohle § 257 Anm. I.

94) Stellungnahmen zu dieser Frage finden sich in der Rechtsprechung nicht (die oben Fußnote 83 zitierte Entscheidung des OLG Dresden befaßt sich mit dem gesetzlichen Rücktrittsrecht); vgl. allenfalls oben § 2 Fußnote 6. Zur Literatur siehe oben § 2 II, § 4 II.

Nach Hellwig (System I S. 799 Fußnote 43) soll der Nichtausschluß ins Urteil aufgenommen werden. Hier gilt das oben Fußnote 89 Gesagte entsprechend.

95) Vgl. hierzu RGZ 105, 370.

96) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 38 I zu Fußnote 2.

97) Oben zu Fußnote 86.

(Forts. n. S.)

Ist dem Berechtigten die Ausübung des Rücktritts dagegen ohne besondere tatbestandliche Erfordernisse zu einem von ihm frei zu bestimmenden Zeitpunkt zugestanden, so muß darin die Vereinbarung einer unbegrenzten Frist gesehen werden¹⁰²⁾. Dieser Fall gehört daher zu der oben a behandelten Gruppe. Die zeitlich unbeschränkte Rücktrittsmöglichkeit darf hier durch einen zuvor eintretenden prozessualen Ausschluß nicht beschnitten werden¹⁰³⁾.

3) Zusammenfassung

Ist eine Partei gesetzlich zum Rücktritt berechtigt, so muß sie dieses Recht bis zum prozessual maßgeblichen Zeitpunkt ausüben und geltend machen, sofern sie dazu subjektiv in der Lage ist. Versäumt sie dies, wird sie damit ausgeschlossen.

Der Inhaber eines vertraglichen Rücktrittsrechts unterliegt dieser Beschränkung nicht, wenn die Ausübung ausdrücklich befristet oder nicht an einen fest umrissenen Tatbestand gebunden ist. Dann gelten allein die materiellen Fristen. Ansonsten tritt auch hier der prozessuale Ausschluß ein.

IV) Der Widerruf

Das Gestaltungsrecht des Widerrufs ist nicht einheitlich geregelt, sondern an vielen Stellen des Gesetzes von Fall zu Fall¹⁰⁴⁾.

Da einerseits der Widerruf eines schwebend unwirksamen Vertrags nur bis zur Genehmigung durch den Dritten möglich ist, andererseits aber eine Klage aus diesem Vertrag erst nach der Genehmigung erfolgreich sein kann, wird es in diesen Fällen nie zu der vorliegenden Problematik kommen.

Ähnlich verhält es sich bei § 790 BGB. Auch hier ist ein Widerruf nur bis zur Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen möglich. Andererseits kann eine Klage des Anweisungsempfängers erst nach dieser Annahme Erfolg haben (§ 784 I BGB). Widerruf der Anweisung und Verurteilung aus der Anweisung schließen sich zeitlich aus. Darüber hinaus sind hier Widerrufsberechtigter einerseits und Beklagter bzw. Kläger andererseits nie identisch.

Ebenso ist es bei § 32 ScheckG. Hier gibt es zwar keine Abschneidung des Widerrufsrechts durch eine Annahme wie bei der Anweisung¹⁰⁵⁾.

Fortsetzung von S. -103-

98) Oben zu Fußnote 76.

99) Die nicht vor der Verwirklichung des betreffenden Tatbestands zu laufen beginnt, RG JW 1902, 10.

100) Vgl. RGZ 56, 234; 75, 357.

101) Vgl. RGZ 105, 370.

102) Vgl. RGZ 105, 371.

103) Oben zu Fußnote 86.

104) Diese sind: Widerruf nach §§ 109 I 1, 178, 1366 II 1, 1427 II 1, 1473 II 1, 1830 BGB; 790 BGB; 32 ScheckG; 658 BGB; 183, 130, 2253, 81, 671, 27 II (Forts. n. S.)

Doch sind auch hier Widerrufsberechtigter und Beklagter bzw. Kläger verschiedene Personen.

Die gleiche gegenseitige Ausschließung von Widerruf und begründeter Klage wie bei § 790 BGB findet sich bei § 658 BGB. Die Auslobung ist einerseits nur bis zur Vornahme der betreffenden Handlung widerruflich, andererseits entsteht der (dann einklagbare) Anspruch erst mit dieser Vornahme.

Der Widerruf einer möglicherweise anspruchsbegründenden Willenserklärung ist nur bis zu deren Zugang und Wirksamwerden möglich, §§ 130, 145 BGB. Auch hier schließen sich Widerruf und Klage zeitlich aus. Dasselbe gilt bei § 183 BGB.

Der Widerruf eines Testaments (§§ 2253, 2271 BGB) ist nur dem Erblasser möglich. Der sich aus dieser letztwilligen Verfügung ergebende Anspruch entsteht erst mit dessen Tod. Auch hier kann nach erfolgreicher Klage kein Widerruf in Frage kommen.

Der Widerruf einer Stiftung ist bis zu deren Genehmigung durch den Staat möglich (§ 81 BGB). Eine mögliche Forderung aus dem Stiftungsvertrag ist erst nach der Erteilung dieser Genehmigung denkbar.

Ähnlich liegt der Fall des § 671 BGB. Hier wirkt der Widerruf nur in die Zukunft¹⁰⁶⁾. Er kann also schon entstandene Ansprüche aus dem Auftrag nicht vernichten. Es gibt keine begründete Klage, die eine bereits rechtskräftig erkannte Rechtsfolge mit der Berufung auf einen Widerruf verneint.

Auch bei §§ 27 II BGB, 103, 84 III AktG, 38 GmbHG bleibt der Anspruch des in ein Amt Bestellten für schon geleistete Dienste vom Widerruf der Bestellung unberührt¹⁰⁷⁾.

Schließlich beim Widerruf einer Vollmacht (§§ 168 Satz 2 BGB, 52 I HGB, 87 ZPO) regeln sich die Vergütungsansprüche des ursprünglich Bevollmächtigten nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis (Auftrag, Dienstvertrag, Werkvertrag usw.), bleiben also vom Widerruf gleichfalls unangetastet¹⁰⁸⁾. Hier gilt dasselbe wie für die Bestellung in ein Amt.

In all diesen Fällen kann die Problematik des Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens nicht auftreten. Sie sind daher für die vorliegende Untersuchung ohne Bedeutung.

Es bleiben die §§ 530 und 610 BGB. Eine Schenkung kann widerrufen werden, nachdem der Anspruch auf die Schenkungsleistung rechtskräftig festgestellt worden ist, und ein Darlehensvorvertrag nach Ausurteilung der Forderung auf

Fortsetzung von S. -104-

104) BGB; 103, 84 III AktG, 38 GmbHG; 168 Satz 2 BGB, 52 I HGB, 87 ZPO, 530 BGB, 610 BGB.

105) Vgl. Art. 4 ScheckG.

106) Vgl. Larenz Schuldrecht II § 52 IV.

Hingabe des versprochenen Darlehens¹⁰⁹⁾.

1) Der Widerruf einer Schenkung

Der Widerruf einer Schenkung kann rechtsvernichtend wirken, etwa hinsichtlich der Schenkungsverpflichtung oder der Auflagen an den Beschenkten (§ 525 BGB), und auch rechtsbegründend, etwa für ein Rückforderungsrecht des Schenkers (§ 531 II BGB). Dieses Gestaltungsrecht steht nur dem Schenker zu. Zur Frage steht hier daher nur ein Ausschluß des Widerrufsvorbringens durch diese Partei¹¹⁰⁾.

Der Schenker kann die Schenkung widerrufen, wenn der Beschenkte sich ihm oder einem nahen Angehörigen gegenüber eines groben Undanks schuldig gemacht hat (§ 530 BGB). Der Widerruf begründet den Anspruch des Schenkers auf Herausgabe des geschenkten Gegenstands¹¹¹⁾ als Sonderfall der *conditio ob causam finitam*¹¹²⁾. Die Ursache für diesen Wegfall des Rechtsgrunds setzt hier allein der Beschenkte. Sein Verhalten ist illoyal gegenüber dem Schenker¹¹³⁾. Auf der einen Seite steht also der grob undankbar handelnde Empfänger, auf der anderen der altruistische Schenker¹¹⁴⁾.

Die Folgen einer Zulassung nachträglichen Widerrufs für den Beschenkten sind erträglich. Er hat durch das Gesetz eine milde Behandlung erfahren. Er haftet für die Rückgabe des bereits an ihn Geleisteten nur nach §§ 812ff BGB, also nur in Höhe der noch vorhandenen Bereicherung¹¹⁵⁾. Die verschärfte Haftung nach § 819 BGB tritt nicht im Augenblick der Verfehlung, sondern erst mit dem Zugang der Widerrufserklärung ein¹¹⁶⁾. Bei einer gemischten Schenkung besteht eine Pflicht zur Herausgabe des "geschenkten" Gegenstands nur dann, wenn der unentgeltliche Charakter des Geschäfts überwiegt¹¹⁷⁾. Die

Fortsetzung von S. -105-

107) Vgl. §§ 27 II 1 BGB, 84 III 5 AktG, 38 I GmbHG.

108) Vgl. § 52 I HGB am Ende.

109) Daß die Klage auf Darlehensgewährung den Widerruf nicht ausschließt, heben das RG (RG JW 1909, 309) und das OLG Hamburg (HRR 1931 Nr. 206 mit Nachweisen) hervor.

110) Die Berufung des Beschenkten auf die von einem anderen vollzogene Gestaltung wird erst unten § 15 I behandelt.

111) Der Widerruf wirkt nur schuldrechtlich, OLG München HRR 1939 Nr. 137.

112) RGRK-BGB § 812 Anm. 106; Soergel-Siebert § 531 Anm. 2.

113) Vgl. BGHZ 31, 81.

114) Die Rückforderung der Leistung kann allerdings nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen sein, vgl. BGHZ 35, 107ff.

115) Vgl. RG LZ 1924, 86; RG HRR 1933 Nr. 997.

116) Soergel-Siebert § 531 Anm. 3. Anderer Ansicht ohne Begründung Erman § 531 Anm. 3.

117) BGHZ 30, 120ff.

Bedenkzeit des Schenkers beträgt ohnehin nur ein Jahr (§§ 531, 532 BGB).

Gegen einen Ausschluß spricht auch die Möglichkeit, den Widerruf durch ein Testament zu erklären¹¹⁸⁾. Dieser Weg wäre praktisch bedeutungslos, wenn der Beschenkte ihn durch eine Klage abschneiden könnte. Allerdings schränkt die Ausschußfrist des § 532 BGB den Wert dieser Widerrufsmöglichkeit ein¹¹⁹⁾.

In Anbetracht des Verschuldens des Gestaltungsgegners und der Zumutbarkeit eines Nichtausschlusses ist das Vorbringen des Schenkungswiderrufs daher frei zuzulassen¹²⁰⁾.

2) Der Widerruf des Darlehensvorvertrags

Der Widerruf eines Darlehensvorvertrags wirkt nur rechtsvernichtend, nämlich hinsichtlich des Anspruchs auf Darlehenshingabe. Ist das Darlehen geleistet, so kann der Vorvertrag nicht etwa noch widerrufen und das Geleistete nach §§ 812 ff zurückverlangt werden. Anstelle eines solchen Anspruchs steht das Recht auf Rückleistung des Darlehens nach § 607 I BGB¹²¹⁾.

Ein Ausschluß dieses Gestaltungsvorbringens kann daher nur den Darlehensgeber treffen.

Das Recht zum Widerruf eines einseitigen Darlehensvorvertrags¹²²⁾ entsteht, wenn die Vermögenslage des künftigen Darlehensempfängers sich so verschlechtert, daß seine Fähigkeit, die Verpflichtung zur Rückerstattung erfüllen zu können, sehr in Frage gestellt ist (§ 610 BGB). Der Widerruf ist eine Ausnahme von der Regel, daß eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des andern Teils keine Möglichkeit zur Auflösung des Vertragsverhältnisses gibt¹²³⁾.

Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Vermögenseinbußen verschuldet sind. So kann etwa eine Bausparkasse den Vorvertrag widerrufen, wenn der Schuldner schuldlos an Kredit einbüßt¹²⁴⁾. Das gleiche gilt, wenn bei einem wirtschaftlich schlecht stehenden Schuldner weiterer Vermögensverfall eintritt¹²⁵⁾.

118) RGZ 170, 382 f.

119) Dies betont auch das RG (RGZ 170, 382 f.).

120) Eine Stellungnahme der Rechtsprechung zu dieser Frage findet sich nicht. Vgl. allenfalls RGZ 100, 98; 144, 220.

Zur Literatur siehe oben § 2 II, § 4 II.

121) RGZ 56, 235; RGRK-BGB § 610 Anm. 2.

122) Nicht aber eines zweiseitigen Vertrags, vgl. RG JW 1912, 462 mit Nachweisen. Der Darlehensvorvertrag begründet keine Gegenverpflichtung des Versprechensempfängers, das Darlehen entgegenzunehmen, OLG Dresden SächsArch 1923, 32.

123) RGZ 60, 59.

124) RG JW 1938, 2138. Vgl. auch RGZ 124, 223.

125) BGH DRspr I 133/26.

Der Versprechende, der bei der Abgabe des Versprechens die in diesem Augenblick bestehende finanzielle Lage des Empfängers zugrundelegt und auf die Erhaltung dieser Vermögenslage vertraut, ist insofern gutgläubig und schutzwürdig¹²⁶⁾. Er soll an sein Versprechen bei grundlegender Veränderung der maßgeblichen Verhältnisse nicht gebunden bleiben. Dies gilt selbst dann, wenn er mit seiner Leistung in Verzug ist¹²⁷⁾, es sei denn, die Verschlechterung ist gerade durch den Verzug eingetreten¹²⁸⁾. Eine solche Bindung könnte der Empfänger billigerweise nicht mehr verlangen. Sie wäre unzumutbar. § 610 BGB ist ein Fall der 'clausula rebus sic stantibus', ein Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben, § 242 BGB¹²⁹⁾. Auch gibt der Vorvertrag dem Versprechenden keine Rechte, sondern allein Pflichten¹³⁰⁾. Nutznießer dieses Vertrags als solchem ist nur der Versprechensempfänger. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es dem Gestaltungsgegner zumutbar, daß sich der Versprechende von seiner Leistungspflicht befreien kann, wenn die Rückzahlung des Darlehens in Frage gestellt wäre¹³¹⁾. Daran kann sich nichts ändern, wenn der Anspruch auf Darlehenshingabe rechtskräftig festgestellt ist. Dies alles ergibt eine überwiegende Schutzwürdigkeit des Gestaltungsberechtigten. Das prozessuale Widerrufsvorbringen ist daher zuzulassen¹³²⁾.

3) Zusammenfassung

Die nachträgliche Ausübung des Widerrufs und deren prozessuale Geltendmachung in einem zweiten Verfahren unterliegen in keinem Falle einer Beschränkung durch die Rechtskraft.

V) Die Kündigung

Die Kündigung ist ein echtes Gestaltungsrecht¹³³⁾. So kann sie, einmal wirksam erklärt, nicht etwa zurückgenommen werden¹³⁴⁾.

126) Hat sich das Vermögen des anderen dagegen objektiv nicht verschlechtert, hat aber der Versprechende von den schlechten Vermögensverhältnissen nichts gewußt, so entsteht durch nachträgliche Kenntniserlangung kein Widerrufsrecht. Es kommt allenfalls Anfechtung nach § 119 II BGB in Frage (OLG Breslau OLGRspr 3, 39).

127) RG JW 1909, 309.

128) RG aaO.

129) Vgl. Palandt-Gramm § 610 Anm. 2.

130) Oben Fußnote 122.

131) Dies gilt selbst dann, wenn für das Darlehen eine dingliche Sicherung besteht, OLG Dresden OLGRspr 17, 394.

132) Auch hierzu findet sich keine Stellungnahme in der Rechtsprechung. Vgl. oben Fußnote 115.

Man unterscheidet zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung¹³⁵⁾. In beiden Fällen kann sie rechtsvernichtend und rechtsbegründend sein. Die erstere Wirkung tritt hinsichtlich aller sich aus dem gekündigten Vertragsverhältnis ergebenden Ansprüche ein, die letztere etwa hinsichtlich der Rückgabepflicht der geliehenen Sache (§§ 604 oder 556 BGB). Das Recht zur ordentlichen Kündigung steht beiden Vertragspartnern zu, das zur außerordentlichen im Regelfall nur einem Teil. Nur diese Parteien können daher von einem Ausschluß des Kündigungsvorbringens betroffen werden.

Bei der ordentlichen und bei der außerordentlichen Kündigung sind das jeweils zugrundeliegende Verhalten der Beteiligten und deren Rechtsstellung verschiedenen zu bewerten. Daher ist es angebracht, bei der Untersuchung zwischen beiden Kündigungsarten zu differenzieren¹³⁶⁾.

1) Die ordentliche Kündigung

Die ordentliche Kündigung ist ein normaler Weg zur Beendigung eines Dauer-schuldverhältnisses. Gerade solche Rechtsverhältnisse werden oft nur für einen gewissen Zeitraum begründet, ohne daß dieser vorher bestimmt wäre, und können nur durch Kündigung beendet werden¹³⁷⁾. Dabei ist keinem der Vertragsteile Untreue oder sonstiges schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen. Die Auflösung ist insofern wertfrei. Dies ergibt sich etwa aus den §§ 564 II / 565 oder 620 / 621ff BGB.

Die Frage der Zumutbarkeit eines Ausschlusses ist derjenigen beim vertraglichen Rücktritt vergleichbar. Wie dort ausgeführt¹³⁸⁾, könnte der Gläubiger seinen Anspruch im voraus einklagen und damit eine an sich veranlaßte Beendigung des Schuldverhältnisses durch den Kündigungsberechtigten auf beliebige Dauer vereiteln. Vermieter, Verpächter oder Arbeitgeber etwa wären für eine von ihnen nicht zu bestimmende Zeit an den Vertrag gebunden¹³⁹⁾.

Eines von dessen Wesensmerkmalen ist aber gerade in der Regel, von jeder der beiden Parteien nach Belieben gelöst werden zu können¹⁴⁰⁾. Darauf ver-

Fortsetzung von S. -108-

133) Das ist unbestritten, vgl. statt vieler Molitor S. 7f.

134) Molitor S. 144ff. Anders dagegen bei den Einreden des BGB, oben § 12 Fußnote 6.

135) Vgl. Larenz Schuldrecht I § 10 II e.

136) Molitor (S. 251) bestreitet entgegen der herrschenden Meinung dagegen die Möglichkeit einer Trennung zwischen beiden Kündigungsarten, ohne dies überzeugend zu begründen. Daß neben der außerordentlichen Kündigung zugleich auch die ordentliche möglich bleibt, beweist nicht die Identität beider Rechtsinstitute.

137) Vgl. Larenz Schuldrecht II § 48 III a; Molitor S. 64.

138) Oben zu Fußnote 88.

139) Stein-Jonas-Pohle § 257 Anm. I.

140) Vgl. RGZ 148, 330.

traut der kündigungsberechtigte Teil beim Vertragsschluß¹⁴¹⁾. Bei der Ein-
gehung eines Mietvertrags über eine Wohnung geht der Mieter davon aus, un-
ter Einhaltung einer gewissen Frist jederzeit wieder ausziehen zu können,
wenn er ein ihm angenehmeres Domizil findet¹⁴²⁾. Dasselbe gilt für den Ar-
beitnehmer hinsichtlich eines nachfolgend sich ergebenden anderen günstigeren
Arbeitsplatzes¹⁴³⁾. Dem Wesen der Kündigung liefe hier ein Ausschluß zu-
wider.

Wie wichtig das materielle Recht die Kündigungsbefugnis sieht, ergibt sich
auch aus § 723 III BGB¹⁴⁴⁾.

Die Richtigkeit der Bejahung eines Ausschlusses erweist auch ein Vergleich
mit dem Rücktrittsrecht. Die ordentliche Kündigung entspricht dem vertrag-
lich vorbehaltenen Rücktritt, für dessen Ausübung keine besonderen Voraus-
setzungen gegeben sein müssen und das ausdrücklich keine Befristung erfah-
ren hat¹⁴⁵⁾. In beiden Fällen wird einer Partei die Möglichkeit eingeräumt,
sich von dem betreffenden Schuldverhältnis zu lösen, und beide Vertragspart-
ner wissen von Anfang an von dieser Möglichkeit, betrachten sie als normale
Beendigung ihrer vertraglichen Beziehungen und berücksichtigen dies schon
bei der Festlegung der gegenseitigen Rechte und Pflichten beim Vertrags-
schluß. Mußte oben abgelehnt werden, dem einen Teil eine Abschneidung des
Rücktrittsrechts seines Gegners zu ermöglichen, so kann hier nichts anderes
gelten. Auf das oben Gesagte¹⁴⁵⁾ kann verwiesen werden¹⁴⁶⁾.

141) RGZ 65, 37; 76, 386.

142) Vgl. etwa BGH LM § 595 BGB Nr. 2.

143) So ist zB die Angabe eines Kündigungsgrundes nicht erforderlich, BAGE
2, 245.

144) Esser hebt hervor, daß eine Kündigung auch durch Parteivereinbarung
oft nicht ausgeschlossen werden könne (Esser Schuldrecht AT § 31 IV
1a; vgl. auch BGH NJW 1953, 1217).

Das RG hat es einmal zugelassen, daß der mit einer Räumungsklage we-
gen unwirksamer Kündigung des Mietvertrages rechtskräftig abgewiese-
ne Kläger nach erneutem Ausspruch der Kündigung eine zweite Klage des-
selben Inhalts erhebt (RG WarnRspr 1926 Nr. 182). Diese Entscheidung
ist wegen des unterschiedlichen Sachverhalts hier nicht einschlägig. Auch
wurde sie nicht mit materiellrechtlichen Überlegungen begründet, sondern
stützte sich auf die Abgrenzung des Streitgegenstands der beiden Klagen;
vgl. oben § 5 Fußnote 75.

Mit der vorliegenden Problematik ebenfalls nichts zu tun hat der Streit,
wie weit ein im Kündigungsschutzprozeß unterlegener Arbeitgeber aus
dem vom Gericht für nicht ausreichend erklärten Grund erneut kündigen
kann (vgl. Zeuner MDR 1956, 257ff; Rechtskraft S. 132f, mit weiteren
Nachweisen in Fußnote 31; Böttcher Kündigungsschutzprozeß S. 183,
185f). Dies ist eine Frage der Definition des Streitgegenstands in dieser
Prozeßart, vgl. oben § 5 Fußnote 72.

145) Oben zu Fußnote 88.

146) Hinsichtlich einer Stellungnahme zu dieser Frage in Literatur und Praxis
gilt das oben Fußnote 115 Gesagte.

2) Die außerordentliche Kündigung

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung entsteht, wenn dem künftig Gestaltungsberechtigten ein weiteres Festhalten an dem betreffenden Rechtsverhältnis nicht mehr zugemutet werden kann¹⁴⁷⁾. Ein Verschulden der Beteiligten kann dabei gegeben sein, ist jedoch nicht tatbestandserheblich. So sprechen etwa die §§ 124a, 133b GewO, 70 HGB, 626, 723 I 2 BGB nur von einem "wichtigen Grund", der im bezug auf das Verhalten der Parteien wertfrei ist¹⁴⁸⁾.

Ein solcher wichtiger Grund kann zum Beispiel die Erkrankung des Dienstpflichtigen¹⁴⁹⁾ oder eine gutgläubig begangene nur objektive Vertragsverletzung¹⁵⁰⁾ sein. Andere Vorschriften sind konkreter gefaßt, wie etwa die §§ 542, 553f BGB, 123f GewO, 71f HGB. Aber auch für die meisten dieser Tatbestände spielt ein Verschulden der Beteiligten keine Rolle¹⁵¹⁾.

Die außerordentliche Kündigung ist mit dem gesetzlichen Rücktrittsrecht vergleichbar. In beiden Fällen handelt es sich um eine anomale Beendigung des Schuldverhältnisses aufgrund eines bestimmten unvorhergesehenen Ereignisses¹⁵²⁾. In beiden Fällen soll der Benachteiligte sich nach seiner Wahl lösen können, braucht er seine Entscheidung aber nicht auf längere Zeitdauer hinausschieben zu dürfen. Eine vorzeitige Erklärung ist ihm zuzumuten.

Die Ähnlichkeit beider Gestaltungsarten ergibt sich auch aus einer Betrachtung der Beendigung des Dienstverhältnisses. Hier sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 326 BGB durch das Recht zur fristlosen Kündigung nach § 626 BGB verdrängt. Diese unterscheidet sich vom Rücktritt zwar hinsichtlich ihrer ex-nunc-Wirkung, soll aber ansonsten keine Abweichung von der genannten allgemeinen Regelung bringen¹⁵³⁾. Dasselbe gilt für die Auflösung des Gesellschaftsvertrags nach § 723 BGB¹⁵⁴⁾. Der BGH spricht von §§ 626, 723 I 2, III BGB als von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der für alle vergleichbaren Dauerschuldverhältnisse gelte¹⁵⁵⁾.

147) RGZ 58, 256; JW 1904, 421; 1912, 250; RGZ 98, 103; 98, 286; RAGE 1, 104; 2, 232; RAG HRR 1933 Nr. 1210; BAG AP § 626 BGB Nr. 4-6.

148) RGZ 98, 286; BAG AP § 72 ArbGG 1953 Nr. 47. Vgl. auch RGZ 123, 240; aber RGZ 56, 272f.

149) Vgl. §§ 71 Nr. 1 HGB, 124 I Nr. 1 GewO.

150) RG WarnJahrb 1912 Nr. 70.

151) Vgl. RGZ 51, 210; 98, 287; RG SeuffArch 58 Nr. 73; JW 1916, 1293.

152) BGH NJW 1958, 1531; oben Fußnote 81. Vgl. auch Molitor S. 12f. Der Rücktritt hat allerdings nach Auffassung einiger Autoren rückwirkende Kraft, oben Fußnote 76.

153) So vor allem RGZ 92, 158; 105, 168; Enneccerus-Lehmann § 147 II. Larenz tritt für eine ex-nunc-Wirkung auch des Rücktritts ein, oben Fußnote 76.

154) RGZ 81, 305; 89, 333; 89, 398; 112, 283; 158, 326; 165, 199; RG JW 1937, 2230; 1937, 2970.

155) BGH BB 1963, 573.

Im übrigen geht schon das materielle Kündigungsrecht selbst unter, wenn es nicht nicht unverzüglich mit Eintritt des Kündigungsfalles ausgeübt wird ¹⁵⁶⁾.

Hier besteht auch nicht die Gefahr, daß der Kündigungsgegner durch eine Klage seinen Vertragspartner auf unbestimmte Zeit am Schuldverhältnis festhalten kann, wie es bei der ordentlichen Kündigung möglich ist. Vor dem Eintritt des auslösenden Ereignisses kann das prozessuale Kündigungsvorbringen von keinem Ausschluß erfaßt werden ¹⁵⁷⁾. Eine Klage auf künftige Leistung berührt das Kündigungsrecht des Beklagten auch bei einer Bejahung eines grundsätzlichen Ausschlusses daher nicht.

Der Grundsatz, daß die außerordentliche Kündigung nicht durch Parteivereinbarung materiellrechtlich präkludiert werden kann ¹⁵⁸⁾, spricht gleichfalls nicht gegen einen Ausschluß. Dieser kann vom Kündigungsgegner aus den genannten Gründen nicht zu einer Abschneidung des Kündigungsrechts mißbraucht werden. Ebenso wie beim gesetzlich begründeten Rücktritt ist daher auch bei der außerordentlichen Kündigung für einen Ausschluß zu entscheiden ¹⁵⁹⁾. Auf das dort Gesagte kann im übrigen verwiesen werden ¹⁶⁰⁾.

3) Zusammenfassung

Das außerordentliche Kündigungsrecht, das schon vor dem prozessual maßgeblichen Zeitpunkt subjektiv hätte ausgeübt werden können, darf nachträglich nicht vollzogen und gegen die vorausgegangene rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge vorgebracht werden.

Das ordentliche Kündigungsrecht unterliegt dagegen keiner Beschränkung durch die Rechtskraft.

156) Larenz Schuldrecht II § 48 III b; Nikisch Arbeitsrecht I § 50 IV 1 für den Dienstvertrag.

157) Vgl. oben § 6 zu Fußnote 22.

158) Molitor S. 261.

159) Siehe oben Fußnote 44 für Stellungnahmen in Literatur und Praxis. Der Untersuchung von Böttcher (in dessen Beitrag zur Festschrift für Wilhelm Herschel, 1955, S. 181ff) liegt ein ganz anderer Sachverhalt zugrunde (siehe oben Fußnote 144). Die darin behandelte Frage der Zulässigkeit erneuten Kündigungsvorbringens hat nicht mit der vorliegenden Problematik zu tun, sondern beantwortet sich nach der Definition des Streitgegenstands im Kündigungsschutzprozeß (oben aaO).

160) Oben III 1.

VI) Das Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach der Differenztheorie

Das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, kann nach verschiedenen Vorschriften entstehen ¹⁶¹⁾.

Durch das Verlangen von Schadensersatz nach der Differenztheorie ¹⁶²⁾ – und nur nach dieser ¹⁶³⁾ – wird das zunächst bestehende, gegenseitige Leistungspflichten begründende Rechtsverhältnis in die einseitige Verpflichtung des Gestaltungsgegners zur Erbringung einer Leistung umgewandelt, deren Höhe sich aus dem Unterschied zwischen den Werten der geschuldeten und der tatsächlich erbrachten oder erbringbaren Leistung ergibt.

Das Schadensersatzverlangen in dieser Form ist ein Gestaltungsrecht ¹⁶⁴⁾. Im Falle des § 326 BGB kann der Gestaltungsberechtigte auch nach seinem Schadensersatzverlangen noch zurücktreten ¹⁶⁵⁾. Dies steht dem Rechtscharakter dieses Verlangens als Gestaltungsrecht nicht entgegen. Die vertraglichen Ansprüche erlöschen schon mit dem fruchtlosen Ablauf der Nachfrist ¹⁶⁶⁾. Das Schadensersatzverlangen begründet den neuen Differenzanspruch, vernichtet aber nicht etwa den Vertrag selbst. Dieser besteht weiter. Sein Untergang ist erst die Folge des Rücktritts. Ein Schadensersatzverlangen nach dem Rücktritt ist daher nicht möglich ¹⁶⁵⁾.

Die Differenztheorie kann nur dort anwendbar sein, wo sich zunächst gegenseitige Verbindlichkeiten gegenüberstehen ¹⁶⁷⁾. Da das Verlangen von Schadensersatz nur nach der Differenztheorie eine Gestaltung darstellt, können die Fälle etwa der §§ 280 und 286 BGB nicht zu einem Gestaltungsrecht und folglich auch nicht zur vorliegenden Problematik führen ¹⁶⁸⁾.

Das Verlangen von Schadensersatz nach der Differenztheorie wirkt hinsichtlich der Ansprüche aus dem bisherigen Vertragsverhältnis rechtsvernichtend, hinsichtlich der vom Gestaltungsgegnern zu erbringenden Differenzleistung und etwaiger Rückforderungsansprüche für schon erbrachte Leistungen beider Vertragspartner rechtsbegründend ¹⁶⁹⁾. Gestaltungsberechtigt ist nur jeweils ei-

161) ZB §§ 280, 286, 325, 463, 635 BGB.

162) Der sich die Rechtsprechung grundsätzlich angeschlossen hat, vgl. RGZ 50, 177; 50, 262ff; 61, 89; 61, 348; 127, 248; 149, 135; BGH JZ 1952, 31. Ebenso zB RGRK-BGB § 325 Anm. 6

163) So auch ausdrücklich Lent DR 1942, 868; Wieczorek Kommentar § 767 Anm. D III b 3. Vgl. auch RGZ 28, 161f.

164) Lent DR 1942, 868; Wieczorek Kommentar § 767 Anm. D III b 3.

165) RGZ 107, 348; auch RGZ 85, 282.

166) Oben zu Fußnoten 86 f.

167) RGRK-BGB § 325 Anm. 3.

168) Vgl. auch BGHZ 20, 344.

169) Dieser Differenzanspruch ist nicht etwa der alte vertragliche Anspruch in vermindertem Umfang. Durch das Schadensersatzverlangen tritt eine echte Novation ein, BGHZ 20, 343.

ne Partei. Nur diese kann hier von einem Ausschluß des Vorbringens betroffen werden ¹⁷⁰⁾.

Der Grund des Entstehens des Schadensersatzanspruchs ist immer ein vertragswidriges und insofern schuldhaftes Verhalten des Anspruchsgegners. Im Falle des § 463 Satz 2 BGB handelt der Verkäufer arglistig, im Falle des Satz 1 verstößt er gegen seine ausdrückliche Zusicherung. Auch bei §§ 325, 326 BGB gilt dies. Hier kann auf das zum Rücktritt Gesagte verwiesen werden ¹⁷¹⁾. Stets soll der Anspruchsinhaber und Gestaltungsberechtigte, ähnlich wie beim gesetzlich begründeten Rücktrittsrecht, sich daher von dem Vertrag lösen können, wenn er an der tatsächlich erbrachten oder erbringbaren, gegenüber dem geschuldeten Gegenstand minderwertigen Leistung aufgrund der Störung kein Interesse mehr hat ¹⁷²⁾. Dies gilt auch für Teilleistungen ¹⁷³⁾.

Zwar kann auch der Gestaltungsberechtigte vertragswidrig handeln. Sein Recht auf Schadensersatz bleibt davon, im Gegensatz zum Rücktritt ¹⁷⁴⁾, materiellrechtlich unberührt ¹⁷⁵⁾. Diese Fälle haben im Zusammenhang mit der Fragestellung der vorliegenden Untersuchung aber wenig praktische Bedeutung und können daher außer acht gelassen werden.

Hat sich die Minderwertigkeit der Leistung herausgestellt, so besteht kein besonderer Grund, warum der Gestaltungsberechtigte sein Recht nicht schon nach kurzer Zeit ausüben müssen sollte. Das Schadensersatzverlangen führt zwar zu keiner Aufhebung des Schuldverhältnisses ¹⁷⁶⁾. Praktisch wirkt es aber durch die Ersetzung der bisherigen Verbindlichkeiten durch den Ersatzanspruch wie eine außerordentliche Beendigung des Vertrags, deren rasche Herbeiführung dem Berechtigten zumutbar ist. Das zum gesetzlichen Rücktrittsrecht Gesagte gilt hier entsprechend ¹⁷⁷⁾.

Die Ähnlichkeit des Schadensersatzverlangens mit dem gesetzlichen Rücktritt erweist sich auch an den §§ 325, 326 BGB. In beiden Vorschriften knüpft das Gesetz die Entstehung beider Gestaltungsrechte an die gleichen Tatbestands-

170) Nur in sehr seltenen Fällen wird auch der anderen Partei ein Gestaltungsrecht dieser Art zustehen.

Die Berufung auf eine fremde Gestaltung wird erst unten § 15 I behandelt; vgl. oben vor § 12 ZKFußnote 2.

171) Oben zu Fußnote 71.

172) So auch BGHZ 20, 345.

173) RGZ 50, 138; RG GruchBeitr 53, 943.

174) Oben zu Fußnote 76.

175) Rechtsgrundlage dieses Anspruchs kann zwar auch dann nicht beispielsweise § 326 BGB sein (RGZ 67, 319; 149, 404; 152, 123; RG JW 1913, 918; RAG HRR 1932 Nr. 526). Der Anspruch auf Schadensersatz kann aber auf positive Forderungsverletzung gestützt werden (RGZ 123, 241).

176) Oben vor Fußnote 167.

177) Oben zu Fußnoten 81 ff.

merkmale und macht Unterschiede nur bei den Wirkungen der Gestaltungen¹⁷⁸⁾. Im Falle des § 326 kann der Gestaltungsberechtigte sogar noch nach dem Verlangen von Schadensersatz auf den Rücktritt übergehen¹⁷⁹⁾.

Daß das Rechtsverhältnis auch hier zu einer schnellen Entscheidung drängt, zeigt sich insbesondere am Beispiel des § 326 BGB. Auch hier kann auf die Ausführungen zum gesetzlichen Rücktritt verwiesen werden¹⁸⁰⁾.

Ebenso wie beim gesetzlichen Rücktritt ist daher ein Ausschluß zu bejahen. Wird das subjektiv mögliche Schadensersatzverlangen nicht vor dem prozessual maßgeblichen Zeitpunkt geltend gemacht, so wird es ausgeschlossen¹⁸¹⁾.

VII) Wandlung und Minderung

Die Wandlung wirkt ebenso wie der Rücktritt rechtsvernichtend und rechtsbegründend¹⁸²⁾. Im Gegensatz zu jenem Gestaltungsrecht ist Berechtigter hier aber nur der Käufer bzw. Besteller (§§ 462, 634 BGB). Hier zu behandeln ist nur die Berufung auf eine eigene Gestaltung¹⁸³⁾. Der hier zu untersuchende Ausschluß kann also nur diesen Gestaltungsberechtigten treffen¹⁸⁴⁾. Die Minderung hat eine rechtsvernichtende und, hinsichtlich etwaiger Rückforderungsansprüche aus §§ 812 ff, auch rechtsbegründende Wirkung¹⁸⁵⁾. Auch der Ausschluß dieses Vorbringens trifft stets nur den Schuldner des zu mindernden Anspruchs.

Das Recht zu einer Gestaltung dieser Art entsteht beim Kaufvertrag, wenn die Kaufsache einen vom Verkäufer zu vertretenden Fehler hat (§ 462 BGB), beim Werkvertrag, wenn das hergestellte Werk der vom Unternehmer angenommenen Bestellung nicht entspricht (§ 634 BGB)¹⁸⁶⁾. Der Grund des Wandlungs- und Minderungsrechts liegt im Verhalten des Gestaltungsgegners.

¹⁷⁸⁾ Vgl. oben zu Fußnote 71.

¹⁷⁹⁾ Oben Fußnote 165.

¹⁸⁰⁾ Oben zu Fußnoten 86 ff.

¹⁸¹⁾ Für Stellungnahmen zu dieser Frage in Literatur und Praxis siehe oben Fußnote 44.

¹⁸²⁾ Siehe hierzu oben zu Fußnoten 67 f. Zum Rechtscharakter der Wandlung siehe unten zu Fußnoten 199 ff.

¹⁸³⁾ Oben vor § 12 zu Fußnoten 1 f.

¹⁸⁴⁾ Die Fallage ist hier insofern die gleiche wie bei der Anfechtung, oben zu Fußnote 33.

¹⁸⁵⁾ Die Minderung hat nicht etwa eine Novation des Anspruchs zur Folge, wie das Verlangen von Schadensersatz (oben Fußnote 169).

¹⁸⁶⁾ Von der Wandlung im hier gebrauchten Sinne ist zu unterscheiden die "Wandlungseinrede" aus § 478 BGB, die eine Einrede des BGB ist und zur oben § 13 behandelten Gruppe gehört.

Dies braucht zwar nicht schuldhaft im Sinne des § 276 BGB zu sein. Der Verkäufer haftet aber aufgrund seiner vertraglichen Leistungspflicht und hat eine Störung aus dem Garantiesichtspunkt zu vertreten¹⁸⁷⁾. Im Falle des § 459 II BGB beruht dies auf seiner ausdrücklichen Zusicherung¹⁸⁸⁾. Die Lieferung einer fehlerhaften Sache bzw. einer Sache ohne die zugesicherte Eigenschaft ist vertragswidrig. Das Verhalten des Verkäufers ist insofern schuldhaft¹⁸⁹⁾. Gerade ein solches Verschulden ist für die vorliegende Untersuchung maßgeblich¹⁹⁰⁾.

Der Wandlungs- oder Minderungsberechtigte verhält sich stets neutral. Sein Gestaltungsrecht ist schon materiellrechtlich ausgeschlossen, wenn er den Fehler oder das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft kannte (§ 460 Satz 1 BGB)¹⁹¹⁾ oder hätte kennen müssen¹⁹²⁾.

Die Wandlung ermöglicht es dem Käufer, sich vom Verträge zu lösen, wenn ein weiteres Festhalten infolge des Fehlers der Kaufsache ihm nicht mehr zumutbar erscheint¹⁹³⁾. Dieses Gestaltungsrecht bedeutet eine außerordentliche Beendigung des Schuldverhältnisses. Es ist insofern mit dem gesetzlich begründeten Rücktritt und der außerordentlichen Kündigung vergleichbar. Auch hier soll der Berechtigte das Vertragsverhältnis zwar beenden können. Besteht aber ein Mangel im Sinne des § 459 oder des § 634 BGB, so findet sich kein Grund für eine besondere Verzögerung der Entscheidung darüber, ob der Vertrag weiterhin verbindlich bleiben oder aber aufgelöst werden soll. Es liegt nicht im Sinne der Wandlung, das Schuldverhältnis insofern in der Schwebe halten zu können. Auf das zum gesetzlichen Rücktrittsrecht Gesagte kann verwiesen werden¹⁹⁴⁾.

Diesem Grundsatz entspricht auch die verhältnismäßig kurze Verjährungsfrist nach § 477 BGB¹⁹⁵⁾, für die es keine Rolle spielt, ob der Käufer den Mangel gekannt hat oder ob der Mangel innerhalb der Frist überhaupt erkennbar gewesen ist¹⁹⁶⁾. Allerdings kann der Käufer nach dem Verjährungseintritt zwar nicht mehr wandeln, aber noch eine (dauernde) Einrede erheben, § 478 BGB, und etwa schon Geleistetes zurückfordern, § 813 BGB¹⁹⁷⁾.

187) Enneccerus-Lehmann § 108 I.

188) Vgl. RGZ 114, 241.

189) Vgl. RGRK-BGB § 459 Anm. 26.

190) Oben § 12 B II 3a.

191) RGZ 149, 402.

192) RG JW 1930, 3472; 1936, 502 und 647; 1938, 320; RGZ 62, 149 und 302.

193) Larenz Schuldrecht II § 37 II a.

194) Oben zu Fußnote 83.

195) RGZ 74, 292 weist darauf ausdrücklich hin.

196) RG WarnJahrb 1908 Nr. 139, 1911 Nr. 369.

197) Schwab Streitgegenstand S. 163; Stein-Jonas-Pohle § 322 Anm. VIII 3; Wieczorek Kommentar § 322 Anm. E IV a 4; Nikisch Lehrbuch § 106 III 3; anderer Ansicht Pagenstecher Eventualaufrechnung S. 48. Der Erhebung der Einrede kann allerdings die Rechtskraft eines vorausgegangenen Urteils entgegenstehen, oben § 12.

Entsprechend der Lösung beim gesetzlichen Rücktrittsrecht ist das Wandlungsvorbringen demnach auszuschließen¹⁹⁸⁾.

Diese Entscheidung für einen Ausschluß des Wandlungsvorbringens gilt unabhängig davon, welcher Theorie für den Rechtscharakter der Wandlung man sich anschließt. Die Wandlung enthält in jedem Falle ein Gestaltungselement¹⁹⁹⁾. Es macht insofern keinen Unterschied, ob man der Herstellungstheorie folgt²⁰⁰⁾ und damit die Wandlung als echtes Gestaltungsrecht ansieht²⁰¹⁾, oder ob man die Auffassung vertritt, die Wandlung könne durch eine Art Gestaltungsurteil nach § 894 ZPO vollzogen werden²⁰²⁾. Zum gleichen Ergebnis muß auch kommen, wer sich der Vertragstheorie anschließt. Hier wird der Käufer nur anstatt zu vorzeitiger Gestaltung oder Klagerhebung zu frühem Angebot auf Abschluß des Wandlungsvertrags angehalten. Versäumt er dies, so wird er damit ausgeschlossen²⁰³⁾.

Die Minderung führt nicht zur Aufhebung des Vertrags, sondern nur zur Herabsetzung des Kaufpreisanspruchs (§ 472 I BGB). Dies gilt auch dann, wenn die Kaufsache wertlos ist und wenn die Minderung daher den Anspruch in voller Höhe erfaßt²⁰⁴⁾. Die Minderung ermöglicht es dem Käufer, wie die Wandlung, die Konsequenzen aus der Leistungsstörung zu ziehen und den Vertrag nicht in der vorgesehenen Weise, sondern auf außerordentlichem Wege abzuwickeln. Auch die Minderung ist daher insofern dem gesetzlichen Rücktritt und der fristlosen Kündigung ähnlich. Ihrem Wesen widerspricht ein frühzeitiger Vollzug nicht²⁰⁵⁾. Das zu den genannten Gestaltungsrechten Gesagte gilt hier entsprechend²⁰⁶⁾. Auch für das Minderungsvorbringen ist ein Ausschluß zu bejahen.

198) Ebenso RG SeuffArch 83 Nr. 176. Siehe ansonsten oben Fußnote 44.

199) Bötticher Wandlung S. 5ff; Zeuner Rechtskraft S. 99. Vgl. auch Larenz NJW 1951, 499f.

200) Larenz Schuldrecht II § 37 II a mit weiteren Nachweisen.

201) Darauf weist Bötticher (Wandlung S. 8, 15) hin.

202) Vgl. oben § 1 II zu Fußnoten 23 ff. Zur Literatur siehe unten Fußnote 203. Bötticher (Wandlung S. 31f) bezeichnet das Urteil nach § 894 ZPO sogar als echtes Gestaltungsurteil, das sich etwa von der Auflösung der oHG durch den Richter nicht unterscheide.

203) Trotz der grundlegenden Arbeit von Bötticher (Die Wandlung als Gestaltungsakt, 1938), der sich darin für die Vertragstheorie ausspricht und dessen Auffassung auch von einigen anderen Autoren vertreten wird (Oertmann Kommentar § 465 Anm. 1d mit weiteren Nachweisen), folgt heute der überwiegende Teil der Lehre der Herstellungstheorie, allerdings in verschiedenen Spielarten (Larenz Schuldrecht II S. 45 Fußnote 2). Die Rechtsprechung steht der dritten Möglichkeit nahe (RGZ 58, 423ff; OLG Bamberg SeuffArch 59 Nr. 251). Keine Theorie kann also als die herrschende angesehen werden. Es wäre unerwünscht, würde man den Umfang der zeitlichen Grenzen der Rechtskraft davon abhängig machen, welcher Theorie man folgt. Das gefundene Ergebnis gilt für alle Möglichkeiten gleichermaßen. Eine Auseinandersetzung mit diesen Theorien ist daher hier nicht erforderlich.

204) RGRK-BGB § 472 Anm. 2.

(Forts. n. S.)

Dies steht auch im Einklang mit dem Ergebnis bei den Einreden des BGB. Nach Ablauf der Gestaltungsfrist bei Wandlung und Minderung (§ 477 BGB) hat der Käufer bzw. Besteller noch eine dauernde Einrede des BGB, § 478 BGB. Auch diese Einrede muß er vorzeitig geltend machen, will er mit ihr nicht ausgeschlossen werden²⁰⁷⁾. Ebenso wie oben bei der Einrede aus § 2083 BGB kann aber nicht die (minder stark einwirkende) BGB-Einrede ausgeschlossen sein, während das zugrundeliegende (stärker eingreifende) Gestaltungsrecht selbst zugleich noch geltend gemacht werden könnte²⁰⁸⁾.

Hat es der Käufer bzw. der Besteller also versäumt, sein Wandlungs- oder Minderungsrecht vor der letzten Tatsachenverhandlung des ersten Prozesses zu vollziehen und geltend zu machen, obwohl ihm dies subjektiv möglich gewesen wäre, so ist er damit für ein nachfolgendes Verfahren innerhalb des oben § 3 I 1 genannten Rahmens ausgeschlossen.

14 Sonstiges Gestaltungsvorbringen.

Zusammenfassung und Ergebnis

1) Sonstiges Gestaltungsvorbringen

Es verbleiben noch verschiedene Erwerbsberechtigungen¹⁾ und Rechtsänderungsrechte, durch deren Ausübung ein bestehendes Rechtsverhältnis ohne Aufhebung seiner Identität verändert oder näher bestimmt wird²⁾. Bei all diesen Gestaltungsmöglichkeiten, die für die vorliegende Fragestellung keine praktische Bedeutung haben, läßt sich ein typisches Verhalten der Beteiligten allgemein nicht feststellen.

In manchen Fällen wäre es dem Berechtigten zumutbar, sein Recht schon frühzeitig auszuüben, nämlich in den dem gesetzlichen Rücktritt und der außerordentlichen Kündigung vergleichbaren Situationen³⁾. Das sind solche, in denen die Ausübung des Gestaltungsrechts die Konsequenz aus einer an bestimmte Tatbestände gebundenen Sachlage wäre. Hier kann dem Berechtigten zugemutet werden, seine Entscheidung unverzüglich dann zu treffen, wenn diese Sachlage ein-

Fortsetzung von S. -

205) Vgl. RGZ 74, 292; 90, 169.

Die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB gilt auch für die Minderung, vgl. RGZ 90, 169; RG JW 1917, 765.

206) Oben zu Fußnoten 81 ff, 152.

207) Oben § 12.

208) Vgl. oben zu Fußnoten 62 f.

1) Oben § 1 II a.

2) Oben § 1 II d.

3) Vgl. oben § 13 III 1, V 2.

getreten ist. Fälle dieser Art sind etwa das Vorkaufsrecht nach §§ 504, 2034, 1094ff BGB ⁴⁾, das im Gesetz nicht geregelte Ankaufsrecht ⁵⁾ und das an bestimmte Prämissen gebundene Wiederkaufsrecht nach §§ 497ff BGB ⁶⁾, sofern für die Ausübung dieses Rechts nicht eine vertragliche Frist vereinbart ist ⁷⁾.

Ist dem Berechtigten die Ausübung des Rechts dagegen frei von irgendwelchen Voraussetzungen oder unter vertraglicher Einräumung einer Frist überlassen, so ist für einen Ausschluß kein Raum.

Aus dem gleichen Grund muß ein Ausschluß in den verbleibenden Fällen abgelehnt werden, also beispielsweise bei der Billigung nach § 495 BGB ⁸⁾ oder der Möglichkeit, eine Vertragsofferte anzunehmen ⁹⁾.

II) Zusammenfassung, Ausblick

Es sind nun alle in der vorliegenden Untersuchung zu behandelnden Gestaltungsmöglichkeiten geprüft ¹⁰⁾.

De lege ferenda ließe sich an andere Lösungen denken. Das Nächstliegende wäre die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift in die Zivilprozeßordnung. Diese Norm müßte allerdings die hier gefundenen Ergebnisse nur gesetzlich bestätigen.

Lent ¹¹⁾ und Schuler ¹²⁾ haben ferner vorgeschlagen, daß das Recht zur Berufung auf eine nachträglich zu vollziehende Gestaltung nur dann erhalten bleiben solle, wenn der Betreffende sich dies in einer Klausel im Urteil vorbehält, etwa nach dem Muster des Vorbehalts der Herbeiführung einer Erbenhaftungsbeschränkung (§ 780 ZPO). Dasselbe fordert Hellwig ¹³⁾ bei der Feststellung eines Vertragsverhältnisses im ganzen für das vertraglich begründete Rücktrittsrecht ¹⁴⁾. Dies hätte den Vorteil, daß die Parteien zu einer loyalen Prozeßführung gezwungen wären, läßt sich de lege lata aber schwerlich begründen ¹⁵⁾.

4) Vgl. die Übersicht über weitere Rechte dieser Art bei Palandt-Gramm § 504 Anm. 1.

5) RGZ 123, 268; RG JW 1930, 3766.

6) RGZ 107, 406; 126, 308.

7) Vgl. RGZ 37, 284.

8) Vgl. Palandt-Gramm § 495 Anm. 1.

9) So auch Zeuner Rechtskraft S. 107.

10) Oben § 1 II.

11) Lent DR 1942, 873f.

12) Schuler NJW 1956, 1497ff.

13) Hellwig System I S. 799 Fußnote 43.

14) Beim gesetzlichen Rücktrittsrecht dagegen soll umgekehrt der Ausschluß in die Feststellung aufgenommen werden, Hellwig aaO.

15) Vgl. oben § 13 Fußnoten 89, 94.

Vertretbar wäre auch die Erweiterung der Möglichkeiten zur Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 578ff ZPO), etwa des § 580 Ziff. 7 ¹⁶⁾, wie sie das österreichische Recht kennt ¹⁷⁾.

§ 15 Untersuchung von Randproblemen im Rahmen der vorliegenden Fragestellung

Der Untersuchung lag bisher die Fallage zugrunde, daß diejenige Partei, welche sich auf eine Gestaltung berufen will, diese auch selbst vollzogen hat ¹⁾, und daß sie sich damit gegen ein rechtskräftiges Urteil im Sinne des § 300 ZPO richtet ²⁾.

Die Frage eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens ist nun noch ergänzend für die Fälle zu prüfen, in denen eine Partei eine fremde Gestaltung geltend machen möchte, und sich mit einer (eigenen oder fremden) Gestaltung gegen einen anderen Titel als ein Urteil wendet.

1) Die fremde Gestaltung

Im Ergebnis ist man sich einig, daß die Berufung auf eine vom Prozeßgegner oder einem Dritten vollzogene Gestaltung unbeschränkt zulässig sein muß ³⁾. Vorwiegend werden hierfür formal-tatbestandliche Gründe angeführt. Man weist darauf hin, daß nur das Geltendmachen von Gestaltungen ausgeschlossen sei, welche die betreffende Partei vor dem maßgeblichen Zeitpunkt hätte vollziehen können. Eine fremde Gestaltung könne von dieser Partei nicht herbeigeführt werden. Aus diesem Grund sei die Berufung auf eine solche Gestaltung zulässig ⁴⁾.

Diese Begründung erscheint indessen als zu formalistisch. Eine unterschiedliche Behandlung der eigenen und der fremden Gestaltung würde sich nur rechtfertigen lassen, wenn sich dies aufgrund der Abwägung der beteiligten Interessen ergäbe ⁵⁾.

16) Dies schlägt Lent (DR 1942, 871 und ZDR 1942, 244ff) vor.

17) Vgl. oben § 2 zu Fußnoten 90 ff.

1) Oben vor § 12 zu Fußnote 1.

2) Oben § 4 zu Fußnote 5.

3) In Literatur und Rechtsprechung äußert man sich zu dieser Frage allerdings nur für den Fall der Vollstreckungsgegenklage. Statt vieler: RG JW 1902, . 531; Oertmann Aufrechnung S. 110ff; Heilgendorff S. 61; Rosenberg Lehrbuch § 183 III 2a.

Diese Meinung vertreten auch diejenigen Autoren, die ansonsten einen Ausschluß bejahen.

Hierbei ist aber zu beachten, daß der Prozeßgegner seinerseits der Ausschlußwirkung des Ersturteils ebenso unterliegt.

4) Vgl. Oertmann aaO.

5) Oben § 11 II.

Der Zweck eines Ausschlusses ist die Prozeßbeschleunigung⁶⁾. Aus diesem Grunde soll die betreffende Partei durch die Drohung mit einem Ausschluß angehalten werden, eine Gestaltung vorzeitig zu vollziehen und auf diese Weise noch im ersten Prozeß zur Verhandlung zu bringen⁷⁾.

Auf eine fremde Gestaltung hat die Partei keinen Einfluß. Hier versagt die Möglichkeit eines mittelbaren Zwangs zum vorzeitigen Vollzug. Würde man der Partei die Berufung auf eine fremde Gestaltung verwehren, so wäre dies nicht durch das genannte prozessuale Bedürfnis nach Verfahrensbeschleunigung gerechtfertigt.

Zugleich wäre es dieser Partei vom Ergebnis her unzumutbar, eine fremde Gestaltung nicht mehr geltend machen zu dürfen. Lehnt man den Ausschluß einer subjektiv vorzeitig nicht vollziehbaren Gestaltung ab⁸⁾, so kann man der betreffenden Partei die Berufung auf eine ohne ihr Zutun vollzogene Rechtsänderung erst recht nicht verwehren.

Dies muß unabhängig davon gelten, ob die Partei selbst ein (nicht ausgeübtes) eigenes Gestaltungsrecht gehabt hätte oder nicht.

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich insbesondere mit § 268 BGB. Befriedigt ein Dritter den Gläubiger durch Aufrechnung (§268 II BGB), nachdem dieser gegen den Schuldner einen rechtskräftigen Titel erworben hat, so geht die Forderung auf den Dritten über, und gegen eine dennoch erfolgende Vollstreckung durch den Erstgläubiger muß sich der Schuldner auf jeden Fall mit der Vollstreckungsgegenklage wehren können. Es ist gerade der Zweck des § 268, die Vollstreckung durch Intervention des Dritten verhindern zu können⁹⁾.

Mit der herrschenden Meinung ist daher die Berufung auf eine fremde Gestaltung einschränkungslos zuzulassen.

II) Der Ausschluß gegenüber anderen Titeln als dem Urteil im Sinne des § 300

ZPO

Ein Gestaltungsvorbringen braucht sich nicht in jedem Falle gegen ein rechtskräftiges Urteil im Sinne des § 300 ZPO zu richten. Die Frage nach einem Ausschluß dieses Vorbringens ist auch gegenüber anderen Titeln zu untersuchen.

6) Vgl. oben § 8 A.

7) Oben § 8 D.

8) Oben § 9.

9) Darauf weist auch Oertmann Aufrechnung S. 112 hin.

1) Der Prozeßvergleich

Ein Prozeßvergleich ist infolge seiner Doppelnatur ¹⁰⁾ neben seiner Eigenschaft als Prozeßhandlung zugleich materielles Rechtsgeschäft, das etwa der Anfechtung nach dem BGB unterliegt und beim Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen jederzeit vernichtet werden kann ¹¹⁾. Erfolgt diese Vernichtung, so läuft das Verfahren von selbst weiter, als ob es nie beendet worden wäre ¹²⁾. Der zugrundeliegende Anspruch wird nie urteilsmäßig festgestellt ¹³⁾. Es fehlt daher das Bedürfnis, durch einen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens die Maßgeblichkeit dieses Streitabschlusses zu wahren. Außerdem entbehrt der Prozeßvergleich jeder Rechtskraft ¹⁴⁾. Ihm kann daher keine rechtskraftsichernde Auswirkung für künftiges prozessuales Vorbringen zukommen. Das Gestaltungsvorbringen ist hier unbeschränkt zulässig ¹⁵⁾.

2) Der Kostenfestsetzungsbeschluß

Die im Zusammenhang mit einem Urteil ergehenden Kostenfestsetzung erwächst in Rechtskraft ¹⁶⁾. Der damit entstehende Kostenanspruch der obsiegenden Partei kann wie jeder andere Anspruch durch eine Gestaltung möglicherweise nachträglich untergehen. Praktisch kommt hierfür nur die Aufrechnung in Frage. Gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß ist auch eine Vollstreckungsgegenklage möglich ¹⁷⁾. Es fragt sich, ob ein nachfolgendes Aufrechnungsvorbringen gegenüber dem Beschluß zulässig ist.

Es ist umstritten, ob der Kostenanspruch gegen den Unterlegenen erst mit dessen Verurteilung entsteht ¹⁸⁾ oder schon mit Klagerhebung. Im ersteren Fall bestünde zunächst nur eine Art Anwartschaft ¹⁹⁾. Im letzteren wäre der Anspruch aufschiebend bedingt durch die Verurteilung ²⁰⁾. Immer stünde er unter der auflösenden Bedingung einer Änderung des Urteils. Wie diese Frage

10) So wird der Prozeßvergleich heute überwiegend definiert, vgl. RG JW 1937, 2228; BGHZ 16, 390; 28, 172; BAGE 4, 85; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 794 Anm. II; Nikisch Lehrbuch § 79 I; Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 48 II; Rosenberg-Schwab § 132 III 1c. Unklar Blomeyer § 65 III 3.

11) Dies ist hM, vgl. statt vieler: Blomeyer § 65 III 2; Nikisch Lehrbuch § 70 IV 2; Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 48 II; Rosenberg-Schwab § 132 IV 2a.

12) Rosenberg-Schwab aaO.

13) Rosenberg-Schwab aaO; Lent-Jauernig aaO; Blomeyer § 65 III 3.

14) Baumbach-Lauterbach Anh. nach § 307, Anm. 2A.

15) RGZ 37, 419; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 795 Anm. II 5; Baumbach-Lauterbach § 797a Anm. 2; Kühne NJW 1967, 1116; Mohrbutter A II 3 Ziff. 6c; Rosenberg Lehrbuch § 183 IV 2c.

Dies gilt auch für die Vollstreckungsgegenklage, bgl. BGH LM § 767 ZPO Nr. 4.

16) § 99 I ZPO.

17) Stein-Jonas-Pohle § 104 Anm. II 5; LG Berlin JR 1956, 304f; Rosenberg Lehrbuch § 183 III 1.
(Forts. n. S.)

zu entscheiden ist, spielt hier keine Rolle. In jedem Falle urteilt der Prozeßrichter über den Anspruch nur dem Grunde nach (§§ 91ff ZPO), nicht aber über die Höhe der Kostenforderung. Über Einreden gegen einen Anspruch kann erst dann entschieden werden, wenn dieser voll feststeht, also auch hinsichtlich seiner Höhe. Im Verfahren vor dem Prozeßgericht ist daher kein Raum zur Verhandlung über Einreden gegen den Kostenanspruch.

Im Anschluß an den Prozeß setzt der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle die Höhe des Anspruchs fest (§§ 103ff ZPO). Er ist nicht befugt, etwa über den Bestand oder die Höhe einer aufzurechnenden Gegenforderung oder über die Begründetheit eines anderen Gestaltungsrechts zu befinden. Auch hier kann daher über eine Einrede gegen den Kostenanspruch nicht verhandelt werden.

Der für das Aufrechnungsvorbringen maßgebliche Zeitpunkt kann weder vor dem Abschluß des Prozesses noch vor dem des Klauselerteilungsverfahrens liegen, und die Einrede kann daher mit dem Ablauf dieser Verfahren nicht ausgeschlossen sein ²¹⁾. Für den allgemeinen Ausschluß ist dies nirgends erörtert. Für eine Vollstreckungsgegenklage wird dieses Ergebnis überall bejaht ²²⁾.

Einmal hat das RG das Gestaltungsvorbringen auch hier nicht mehr ausgelassen ²³⁾. Es müsse schon im Urteil der Betrag bestimmt festgestellt werden, "den der Schuldner bei der künftigen Kostenfestsetzung als schon getilgt an- und abrechnen darf". Doch auch das wäre, wie Stein-Johans-Pohle und der BGH nachweisen ²⁴⁾, eine Entscheidung nur über Grund und Höhe der Kostenforderung, nicht aber darüber, ob und wie weit diese durch eine Gestaltung untergegangen ist. Über die Einrede wäre auch hier nicht entschieden. Außerdem wäre es unklar, nach welchen Kriterien das Gericht die Höhe des an- und abzurechnenden Betrags festsetzen sollte ²⁵⁾. Das vom Urkundsbeamten durchzuführende Festsetzungsverfahren, von dem das Gericht entlastet werden soll,

Fortsetzung von S. -

18) RG JW 1937, 2614; RGZ 124, 2.

19) Stein-Jonas-Pohle Anm. II 4 vor § 91.

20) RG JZ 1895, 504; RGZ 145, 15 mit Nachweisen.

21) Ein anderer Fall liegt vor, wenn gegen die ausgeurteilte Klagforderung mit einem Kostenanspruch aufgerechnet werden soll, der aus einem anderen, früheren Rechtsstreit stammt und vor der maßgeblichen Verhandlung des zweiten Prozesses auch der Höhe nach schon festgesetzt worden ist. Über eine Aufrechnung mit diesem Anspruch kann schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt entschieden werden, und für sie gilt der Ausschluß wie bei jedem anderen Gestaltungsrecht (Stein-Jonas-Pohle § 104 Anm. II 6).

22) RGZ 13, 361; 75, 201; 124, 2; RG JW 1937, 2614; BGHZ 3, 382. Vgl. auch die schon zitierte Entscheidung des BGH NJW 1963, 538 (oben § 5 Fußnote 16). Hier war die zugrundeliegende Gestaltung rechtzeitig vollzogen worden, konnte aber gleichfalls nicht im Prozeß geltend gemacht werden. Ferner: OLG Darmstadt OLGRspr 16, 293; OLG München OLGRspr 29, 187; OLG Karlsruhe OLGRspr 14, 162; OLG Celle NiedersRPfl 1952, 28; OLG Hamburg MDR 1953, 585; OLG Frankfurt NJW 1967, 501; Stein-Jonas-Pohle

(Forts. n. S.)

würde vorweggenommen. Der Entscheidung des RG ist daher nicht zu folgen. Es bleibt bei der unbeschränkten Zulässigkeit des Vorbringens.

3) Die vollstreckbare Urkunde, der Vollstreckungsbefehl

Der Vollstreckungsbefehl unterscheidet sich von dem normalen Endurteil in der Hauptsache dadurch, daß er ohne mündliche Verhandlung ergeht ²⁶⁾. Für einen Ausschluß des Gestaltungsvorbringens ergibt sich daher als Unterschied zu der für die Ausschlußwirkung des Urteils gefundenen Regelung nur ein anderer zeitlicher Anknüpfungspunkt. Für Einreden zur Begründung der Vollstreckungsgegenklage bestimmt das Gesetz den Zeitpunkt der Zustellung des Vollstreckungsbefehls (§ 796 II ZPO). Dies muß für die Ausschlußwirkung der Rechtskraft entsprechend gelten ²⁷⁾.

Eine vollstreckbare Urkunde erwächst dagegen nicht in Rechtskraft. Hier kann daher auch keine Ausschlußwirkung eintreten. Für den Fall der Vollstreckungsgegenklage läßt das Gesetz gleichfalls alle Einreden unbeschränkt zu, § 797 IV ZPO ²⁸⁾.

4) Der Ausschluß des Gestaltungsvorbringens bei der Schiedsgerichtsbarkeit

Bei der Untersuchung eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens beim Schiedsgerichtsverfahren sind vier Fragen zu unterscheiden. Es ist zu trennen, ob das Vorbringen

- a) noch in einem zweiten Schiedsverfahren zulässig ist,
- b) auch noch im Vollstreckbarkeitsverfahren zuzulassen ist,
- c) soweit das letztere zu bejahen ist, wahlweise auch in einer Vollstreckungsgegenklage zulässig ist,
- d) noch in einer nachfolgenden Vollstreckungsgegenklage zulässig ist, wenn es im Vollstreckbarkeitsverfahren möglich gewesen wäre, aber nicht erfolgt ist.

Fortsetzung von S. -

22) § 104 Anm. II 5; Baumbach-Lauterbach § 795 Anm. "§ 767"; Oertmann Aufrechnung S. 110ff; Jonas JW 1937, 2709; Walker-Jaitner § 14 II; Rosenberg Lehrbuch § 183 III 2b.

23) RGZ 62, 189.

24) Stein-Jonas-Pohle § 104 Anm. II 6; Jonas JW aaO; BGHZ 3, 382.

25) Das RG läßt diese Frage offen.

26) Vgl. Rosenberg-Schwab § 166 III 5c.

27) Oben § 3 zu Fußnote 32.

28) Baumbach-Lauterbach (§ 797 Anm. 2B) sprechen bei der Vollstreckungsgegenklage davon, daß die Abschneidung des Gestaltungsvorbringens "naturgemäß" entfallen müsse.

Für keine dieser Fragen findet sich eine gesetzliche Regelung.

- a) Der Schiedsspruch wirkt unter den Parteien wie ein rechtskräftiges Urteil (§ 1040 ZPO). Es muß daher im Verhältnis von zwei Schiedsverfahren dasselbe gelten wie zwischen zwei Prozessen vor dem ordentlichen Gericht. Das zur Ausschlußwirkung der Rechtskraft Gesagte gilt hier entsprechend.
- b) Das Verfahren vor dem Schiedsgericht entscheidet über den sachlichen Anspruch. Es ist ein "Seitenstück zum Zivilprozeß" ²⁹⁾. Das Vollstreckbarkeitsverfahren vor dem ordentlichen Gericht hat keine materielle Nachprüfung des Anspruchs zur Aufgabe. Es entscheidet nur über die Eigenschaft des Schiedsspruchs, Vollstreckungstitel sein zu können ³⁰⁾. Beide Verfahrensarten verhalten sich zueinander ähnlich wie das Erkenntnisverfahren vor dem ordentlichen Gericht und das Verfahren über eine Vollstreckungsgegenklage ³¹⁾. Für die Frage nach einem Ausschluß des Gestaltungsvorbringens liegt es daher nahe, § 767 II ZPO analog anzuwenden. So wird allgemein verfahren ³²⁾.

Die genannte Frage beantwortet sich infolgedessen danach, wie man § 767 II ZPO in seinem unmittelbaren Anwendungsfall auslegt ³³⁾.

- c) Bestritten ist die Frage, ob der durch Schiedsspruch Verurteilte eine Einrede gegen den klägerischen Anspruch mittels einer Vollstreckungsgegenklage vorbringen kann, wenn er sie auch im Verfahren über die Vollstreckbarkeit geltend machen könnte.

Dies wird teilweise verneint, da hierzu das Rechtsschutzbedürfnis fehle ³⁴⁾ oder da der noch nicht für vollstreckbar erklärte Schiedsspruch überhaupt keine Entscheidung sei, gegen die eine Vollstreckungsgegenklage möglich wäre ³⁵⁾.

Man wird mit Schwab ³⁶⁾ solche Einreden in der Klage nach § 767 ZPO zulassen können. Schwab verweist auf das RG ³⁷⁾ und führt aus, daß dem Schuldner nicht zuzumuten sei, das Vollstreckbarkeitsverfahren abzuwarten. Außerdem sei das Verfahren über die Vollstreckungsgegenklage in jedem Fall mündlich ³⁸⁾, das über die Vollstreckbarkeit dagegen nur in bestimmten Fällen.

29) Baumbach-Schwab S. 120.

30) Baumbach-Schwab S. 195, 202. Vgl. §§ 1042, 494 Ziff. 4a ZPO.

31) Wobei das letztere nur einen umgekehrten Zweck hat, nämlich die Beseitigung der Vollstreckbarkeit, oben § 3 zu Fußnoten 20 ff.

32) Baumbach-Schwab S. 202 mit weiteren Nachweisen; BGH ZP 74, 299; NJW 1963, 538; Mohrbutter A II 3 Ziff. 6d.

33) Unten § 16.

34) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 1042 Anm. VII 3; BGH aaO.

35) Nikisch Lehrbuch § 146 II 4; RG ZP 61, 150.

36) Schwab in Baumbach-Schwab S. 203.

37) RGZ 148, 270.

38) Abgesehen vom Fall des § 128 II ZPO.

Ein Rechtsschutzbedürfnis des Schuldners sei also zu bejahen.

Ob dies auch zutrifft, wenn gegen die Vollstreckbarkeitserklärung ein Widerspruch eingelegt ist (§ 1042c II 1 ZPO), ist allerdings fraglich. Hier ist mit Schwab³⁹⁾, der auf den Parallelfall einer Vollstreckungsgegenklage bei gleichzeitig eingelegter Berufung verweist, das Rechtsschutzbedürfnis des Schuldners zu verneinen⁴⁰⁾.

Daß die Vollstreckungsgegenklage schon gegen den noch nicht für vollstreckbar erklärten Schiedsspruch zulässig ist, hat das RG nachgewiesen⁴¹⁾.

d) Die letzte Frage ist die, ob Einreden nachträglich durch Vollstreckungsgegenklage vorgebracht werden können, wenn sie im Vollstreckbarkeitsverfahren geltend gemacht hätten werden können, aber verschwiegen worden sind⁴²⁾.

Dies ist ein normaler Anwendungsfall des § 767 II ZPO. Hier gilt das dafür allgemein Gesagte entsprechend⁴³⁾.

39) Baumbach-Schwab S. 203; vgl. auch Rosenberg-Schwab § 179 I 2 und oben § 3 Fußnote 36.

40) Ebenso: Mohrbutler A II 3 Ziff. 6d.
Anderer Ansicht: BGH NJW 1963, 538; Wieczorek Kommentar § 1042 Anm. B II; Baumbach-Lauterbach § 1042c Anm. 2A.

41) RGZ 148, 270.

42) Vgl. hierzu Baumbach-Schwab S. 203f.

43) Unten § 16.

4. Abschnitt: Der Umfang eines Ausschlusses bei der Vollstreckungsgegenklage

Es steht somit fest, welches Gestaltungsvorbringen durch die allgemeine Rechtskraft des vorausgehenden Urteils ausgeschlossen ist. Die eigentliche Fragestellung der vorliegenden Untersuchung gilt aber nicht diesem generellen Problem, sondern dem Umfang eines Ausschlusses bei der Vollstreckungsgegenklage im besonderen ¹⁾. Die Grenzen der allgemeinen Rechtskraft waren vorweg zu untersuchen ²⁾. Nach ihrer Bestimmung kann nunmehr zur Klage nach § 767 ZPO zurückgekehrt werden.

Richtet sich eine solche Klage gegen ein rechtskräftiges Urteil, so wird die Gestaltungseinrede infolge der Präjudizialität der Erstentscheidung von deren Ausschlußwirkung erfaßt. Insoweit beantwortet sich die Frage nach dem Umfang des Ausschlusses bei der Vollstreckungsgegenklage aus den Grenzen der Rechtskraftwirkung ³⁾. Maßgeblich für einen Einrede-Ausschluß ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Klage nach § 767 ZPO ⁴⁾.

Etwas Endgültiges über den Ausschluß der Gestaltungseinreden ist damit aber noch nicht gesagt. Eine Vollstreckungsgegenklage ist auch gegen einen nicht rechtskräftigen Titel möglich ⁵⁾. In diesem Falle hat die vorausgehende Entscheidung keinen Einfluß auf die Zulässigkeit der Einreden in der Vollstreckungsinstanz.

Auch ist es möglich, daß die Grenzen des zulässigen nachträglichen Gestaltungsvorbringens bei der Vollstreckungsgegenklage enger sind als bei der allgemeinen Rechtskraft ⁷⁾.

Insoweit ist die Frage nach dem Umfang des Einrede-Ausschlusses durch die hierfür allein maßgebliche Vorschrift des § 767 II ZPO bei der Vollstreckungs-

1) Oben § 1 II.

2) Oben § 3.

3) Vgl. oben § 3 I.

4) Vgl. Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht § 58 I 1; § 309 ZPO. Daraus folgt, daß eine zunächst zulässige Einrede durch den nachfolgenden Eintritt der Rechtskraft des zu vollstreckenden Ersturteils unzulässig werden kann und daher im Urteil über die Vollstreckungsgegenklage nicht mehr berücksichtigt werden darf. Hier gilt dasselbe wie oben zum Verfahren über eine neuerliche Verurteilungsklage gesagt (vgl. oben § 5 V). Die Entscheidung des BGH ZRP 79, 460ff und insbesondere deren Besprechung durch Schwab ZRP 79, 463ff behandeln den entgegengesetzten Fall. Dort ging es um das Nachschieben von weiteren Einwendungen zur Begründung einer Klage nach § 767 ZPO (vgl. oben § 5 Fußnote 8).

5) Oben § 3 III. Dieser Fall hat allerdings keine große praktische Bedeutung, oben § 3 III.

7) Oben § 3 II, § 7 I.

gegenklage also noch offen und zu untersuchen ⁸⁾.

§ 16 Die Auslegung des § 767 II ZPO. Der Ausschluß der Gestaltungseinreden bei der Vollstreckungsgegenklage

Die Frage des Einredeausschlusses bei der Klage nach § 767 ZPO ist in Absatz II dieser Vorschrift geregelt. Anders als bei den Grenzen der allgemeinen Rechtskraft ist daher diese Norm zum Ausgangspunkt der Untersuchung dieser Frage zu nehmen.

§ 767 II ist unklar gefaßt und muß ausgelegt werden ⁹⁾. Auslegung ist die Ermittlung des Inhalts des betreffenden Rechtssatzes ¹⁰⁾. Gegenstand der Auslegung ist der Gesetzestext ¹¹⁾.

Eine Vorschrift kann nach verschiedenen Kriterien ausgelegt werden ¹²⁾. In der Hauptsache lassen sich vier unterscheiden ¹³⁾: Der reine Wortlaut, die Vorstellung des Gesetzgebers und die weitere Entstehungsgeschichte des Rechtssatzes, der Bedeutungszusammenhang in Verbindung mit der Systematik des Gesetzes sowie schließlich der Gesetzeszweck.

A) Der Wortlaut des § 767 ZPO

Naturgemäß geht die Auslegung vom Wortlaut der Vorschrift aus ¹⁴⁾. § 767 II schließt ein Geltendmachen derjenigen Einreden aus, deren Grund vor dem maßgeblichen Zeitpunkt entstanden ist. Es ist umstritten, ob man den 'Grund' der Gestaltungseinreden in allen tatbestandserheblichen Tatsachen, also einschließlich des Gestaltungsvollzugs, zu sehen hat oder nur in allen relevanten tatsächlichen Umständen ohne den Vollzugsakt. Der 'Grund' kann im formellen oder im sachlichen Sinne verstanden werden ¹⁵⁾. Im ersteren Falle wäre die Einrede noch zulässig, im letzteren dagegen nicht.

8) Dies ist andererseits erst jetzt möglich, oben § 3 IV.

9) Vgl. oben § 1 I.

10) Larenz Methodenlehre S. 233.

11) Larenz aaO S. 234.

12) Vgl. Larenz aaO S. 241; Siebert Gesetzesauslegung S. 8; Zimmermann S. 336.

13) Larenz aaO 3. Kapitel 2. Abschnitt; Enneccerus-Nipperdey § 56 I, II; Lehmann-Hübner § 8 II 3.

14) Larenz Methodenlehre S. 241.

15) Vgl. oben § 6 II.

Oertmann entscheidet sich für die zweite Möglichkeit. Er beruft sich dabei auf die sprachliche Differenzierung zwischen 'Einrede' und 'Grund'. Der Gegensatz dieser beiden Begriffe sei nur dann sinnvoll, wenn er gerade bei der Frage nach dem Ausschluß Bedeutung erlange ¹⁶⁾. In ähnlicher Weise argumentieren Neuner ¹⁷⁾ und Fischer ¹⁸⁾.

Es fragt sich, ob man die Frage nach dem 'Grund' der Einrede mit diesem Argument beantworten kann. Die ZPO stammt, worauf vor allem Rosenberg hinweist ¹⁹⁾, aus einer Zeit, in der die Gesetzgebungstechnik noch nicht soweit ausgebildet war, wie etwa bei der Entstehung des BGB. Der Wortlaut der ZPO ist nicht mit einer solchen Sorgfalt gestaltet, daß man darauf die Beantwortung entscheidender Fragen stützen könnte ²⁰⁾. Die genannte sprachliche Differenzierung in § 767 II könnte ein Indiz dafür sein, was das Gesetz unter dem Einrede-'Grund' versteht, kann aber ebenso auf eine Nachlässigkeit des Gesetzgebers ohne eigenen Sinn zurückzuführen sein. Eine Entscheidung der vorliegenden Fragestellung, sei es im Sinne Oertmanns oder im Sinne eines Nichtausschlusses, läßt sich damit jedenfalls nicht begründen ²¹⁾.

Auch die Untersuchung des Begriffs des Einrede-'Grund' vom materiellen Recht her führt zu keiner Klärung dieses Problems ²²⁾.

B) Die Absicht des Gesetzgebers und die weitere Entstehungsgeschichte des § 767 II ZPO

1) Amtliche Quellen zu ZPO und BGB

Die Protokolle über die Beratung des damaligen § 635 des Entwurfs zur ZPO 1877 bei der ersten Lesung ²³⁾ lassen zwar eine allgemeine Absicht erkennen, "die Einreden in der Exekutionsinstanz soweit wie möglich auszuschließen". Dies könnte ein Indiz dafür sein, daß der Gesetzgeber auch die hier fraglichen Gestaltungseinreden ausschließen wollte. Eine deutlichere und damit zuverlässigere Stellungnahme findet sich jedoch nicht. Das Gleiche gilt für die amtliche Begründung des Entwurfs zur ZPO 1877 ²⁴⁾. Auch hiernach sollen zwar nicht "nutzlose Schikanen und Verzögerungen zur Kraftlosigkeit des Exekutionsverfahrens führen". Eine ausdrücklichere Behand-

16) Oertmann Aufrechnung S. 110.

17) Neuner S. 36.

18) Fischer ZJP 43, 96.

19) Rosenberg-Schwab § 9 Ziff. 3. Vgl. auch Stein-Jonas-Pohle Einleitung F I 1.

20) So auch Enneccerus-Nipperdey § 56 I.

21) So auch Henckel ZJP 74, 170; Blomeyer § 90 II 2 vor a.

22) Oben § 6.

23) Protokolle der Kommission bei Hahn, Die gesamten Materialien zur ZPO, Band I S. 817f.

24) Hahn aaO S. 436ff.

lung hat diese Frage indes nicht erfahren.

Das RG und Oertmann ²⁵⁾ verweisen zur Begründung ihrer Auffassung auch auf die Beratung des BGB ²⁶⁾. Hier ist zwar der Antrag auf Aufnahme einer Vorschrift in das BGB gestellt worden, nach welcher eine Aufrechnung in den bei § 767 II problematischen Fällen unzulässig wäre. Dies sollte dem § 767 II "seine Anwendbarkeit sichern". Der Antrag wurde abgelehnt ²⁷⁾. Das RG sagt nun, diese Ablehnung sei nur erfolgt, weil die beantragte Vorschrift nur Selbstverständliches gesagt habe und daher überflüssig gewesen sei, und es führt dies mit als Begründung des allgemeinen Einde-Ausschlusses durch § 767 II an ²⁸⁾. In Wahrheit ist der Antrag jedoch, wie sich aus den Protokollen unmißverständlich ergibt, nur aus formalen Gründen abgelehnt worden, nämlich, weil eine solche Vorschrift in das Prozeßrecht und nicht in das materielle Recht gehörte ²⁹⁾. Inhaltlich wurde zu dem Antrag keine Stellung genommen. Mit der Frage des Einredeausschlusses hat die Ablehnung nichts zu tun.

II) Historische Überlegungen

Der Inhalt des § 767 II kann mit historischen Kriterien auf zweierlei Weise erforscht werden. Einmal kann man untersuchen, welche Regelung die entsprechenden Normen in den der ZPO 1877 vorausgehenden Prozeßordnungen enthielten, also durch einen Vergleich mit prozessualen Vorschriften ³⁰⁾. Zum andern kann § 767 II zu dem bei seiner Entstehung geltenden materiellen Recht in Beziehung gesetzt werden und können daraus Schlüsse auf seinen Inhalt gezogen werden.

1) § 767 II ZPO und das formelle Recht

Im römischen Recht bedurfte der im Erkenntnisverfahren obsiegenden Gläubiger einer zweiten Klage, der actio iudicati, um gegen den verurteilten Schuldner vollstrecken zu können. Erst das daraufhin ergehende Urteil gab ihm das Recht zur Durchführung der Vollstreckung ³¹⁾. Ergaben sich nach Erlaß des ersten Urteils Einreden gegen den Anspruch, so erging kein zur Vollstreckung berechtigendes Urteil, und das Interesse des Schuldners blieb berücksichtigt ³²⁾.

25) RG JW 1902, 532; RGZ 28, 230f; Oertmann Aufrechnung S. 110.

26) Protokolle zur 1. Lesung des BGB S. 1414f (ungedruckt, zitiert nach Abraham S. 18).

27) Protokolle aaO.

28) RG JW 1902, 532; RGZ 28, 230f.

29) Protokolle aaO.

30) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 56 II 2.

31) Vgl. Blank S. 3; Heinemann S. 2; Schlippenbach S. 11.

32) Hellwig-Oertmann System II § 287/1; Hommel S. 5ff.

Wesentlich von diesem Verfahren wich das moderne Recht in seinen verschiedenen Kodifizierungen ab. Nunmehr erfolgte die Vollstreckung unmittelbar aus einer vollstreckbaren Urkunde, grundsätzlich aus dem Urteil, das auf die Klage hin ergangen war.

Nach der "Bürgerlichen Prozeßordnung des Königreichs Hannover" von 1850 (die hauptsächlich aus dem Code de Procédure Civil hervorgegangen ist) kann der siegreiche Gläubiger aus seinem rechtskräftigen Urteil oder einer gleichgestellten Urkunde vollstrecken (§ 528). Für die Einreden des Schuldners, die erst nach dem maßgeblichen Zeitpunkt entstanden waren, mußte eine neue Regelung gefunden werden. Man gab dem Schuldner zur Geltendmachung dieser Einrede Gelegenheit in einer neuerlichen, gegen die Vollstreckbarkeit des Titels gerichteten Klage. Nach §§ 575 Ziff. 2, 576 konnte der Schuldner auf dem Wege einer ordentlichen Klage mit der Berufung auf inzwischen entstandene Einreden gegen die Vollstreckung vorgehen.

Der Hannoversche Entwurf einer allgemeinen deutschen Zivilprozeßordnung fußt auf der Hannoverschen ZPO und hat die dort eingeführten Grundsätze weiterentwickelt. Eine Fristbestimmung zur Geltendmachung der nachträglich entstandenen Einreden (wie sie die §§ 575, 576 ZPO Hannover 1850 noch enthielten) fehlt.

Auch der Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Streitigkeiten für den preußischen Staat von 1864 läßt nur nach dem maßgeblichen Zeitpunkt entstandene Einreden zu (§ 1018).

Der Entwurf einer ZPO für die Staaten des Norddeutschen Bundes von 1868 spricht erstmals davon, daß nur solche Einreden zulässig sind, deren Grund erst nachträglich entstanden ist (§ 665 II a, später § 944).

Das Problem der Einreden, die auf einem Gestaltungsrecht beruhen, war allerdings noch nicht bekannt. Weder aus dem Text ³³⁾ noch aus den Materialien zu den verschiedenen Gesetzen bzw. Entwürfen geht hervor, daß man an die besondere Regelungsbedürftigkeit dieser Einreden gedacht hat. So ist die Sprache nur von "Tilgung oder Stundung" ³⁴⁾ oder von "Zahlung, Kompensation, Erlaß und Vergleich" ³⁵⁾. Bei der Beratung des Entwurfs zur ZPO des Norddeutschen Bundes blieb der Vorschlag, man solle eine Aufrechnung im Vollstreckungsverfahren ohne Einwilligung des Gegners in jedem Falle ausschließen, ohne Be-

33) Was nicht verwunderlich ist, da sogar die heutige ZPO insofern nicht klarer gefaßt ist.

34) II 575 Ziff. 2, 576 ZPO Hannover 1950; § 665 II a des Entwurfs zur ZPO des Norddeutschen Bundes 1864; Koch S. 585.

35) Koch aaO.

gründung unverwirklicht ³⁶⁾. Es klingt zwar das allgemeine Prinzip an, daß nur nach dem Eintritt der Vollstreckbarkeit des Urteils entstandene Einreden zugelassen seien; die Frage wird aber nicht weiter konkretisiert ³⁷⁾. Eine Stellungnahme zu dem vorliegenden Problem eines Ausschlusses der Gestaltungseinreden, sei sie unmittelbar oder wenigstens mittelbar, fehlt. Auch in der Lehre läßt sich kein Anhaltspunkt finden, wie man diese Frage damals beantwortete. Die einschlägigen Stellen schweigen hierzu ³⁸⁾.

Die Bayerische ZPO von 1869, zwar auf die ZPO von 1877 ohne Einfluß, aber immerhin ein zeitgenössisches Gesetz, gibt gleichfalls keine Auskunft. Auch sie spricht nur allgemein von Einreden, die erst "durch neuerlich eingetretene Tatsachen zum Dasein gelangt sind" (Art. 868 Ziff. 4). Die Lehre hierzu gibt keine Klarheit ³⁹⁾.

Einschlägige Gerichtsentscheidungen finden sich nicht.

Die unmittelbaren und mittelbaren Vorgänger des § 767 II ZPO geben also zwar ein Indiz für die allgemeine Tendenz des Prozeßrechts zum Ausschluß der Einreden, wie sie auch die ZPO enthält ⁴⁰⁾. Ihnen läßt sich aber keine abschließende Beantwortung des Problems entnehmen.

2) § 767 II ZPO und das materielle Recht

Eine Begründung für seine Auffassung durch Bezug auf der seinerzeit geltende materielle Recht hat das RG gesucht ⁴¹⁾. In jüngerer Zeit hat auch Henckel eine Auslegung des § 767 II aufgrund dieser Kriterien unternommen ⁴²⁾. Beide behandeln allerdings nur den Fall der Aufrechnung.

a) Die Auffassung Henckels und des RG

Das RG stützt sich darauf, daß sowohl nach dem Preußischen Allgemeinen Landrecht als auch nach dem gemeinen Recht in seiner neueren Entwicklung die Wirkung einer Aufrechnung erst durch eine ausdrückliche Erklärung, die auch außergerichtlich erfolgen konnte, eintrat. Unter der Herrschaft dieses Rechts sei es in Literatur und Rechtsprechung unzweifelhaft gewesen, daß eine schon vor dem Abschluß des ersten Verfahrens mögliche Aufrechnung, die erst nachträglich vollzogen wurde, nicht mehr geltend gemacht werden könne. Als das BGB die verschiedenen materiellen Rechtsordnungen ablöste und die Erklärungstheorie endgültig einführte, sollte keinesfalls eine Änderung dieser Regelung

36) Protokolle zur ZPO des Norddeutschen Bundes 1864, 230. Sitzung (Amtliche Ausgabe S. 4205).

37) Protokolle aaO.

38) So etwa Koch aaO.

39) Vgl. Wernz Art. 868.

40) Oben § 8.

41) RGZ 28, 230ff; RG JW 1902, 532. Vgl. auch RGZ 66, 272ff.

42) Henckel ZJP 74, 170ff.

eintreten, wie sich aus den ungedruckten Protokollen der 1. Lesung⁴³⁾ er-
gebe⁴⁴⁾. Das gleiche sei der Tatsache zu entnehmen, daß § 767 II bei der An-
passung der ZPO an das neue BGB im Jahre 1898 in seinem Wortlaut nicht ver-
ändert wurde⁴⁵⁾.

Henckel erweitert diese Überlegung. Er weist auf die Regelung des französi-
schen Rechts hin, in dessen Geltungsbereich sich die Aufrechnung zwischen li-
quiden Forderungen von selbst mit Eintritt der Aufrechnungslage vollzogen ha-
be⁴⁶⁾. Dort konnte die hier zu behandelnde Frage daher nicht aktuell werden⁴⁷⁾.
Im gemeinen Recht sei es strittig gewesen⁴⁸⁾, ob die Aufrechnung durch einsei-
tige Erklärung vollzogen werden könne – wie es die Rechtsprechung annahm⁴⁹⁾ –,
oder aber, nach Auffassung der Lehre, durch Vertrag oder gerichtliche Ent-
scheidung⁵⁰⁾. Der Gesetzgeber habe offenbar der gemeinrechtlichen Lehre
nahegestanden, sei also davon ausgegangen, daß die Gegenforderung bis zum
Urteil bestehe⁵¹⁾. In diesen Fällen könne nur in Frage kommen, daß schon die
Aufrechnungslage entscheidend sei und daß nicht auf den Aufrechnungsvollzug
abgestellt werden könne. Die Absicht des Gesetzgebers sei also gewesen, die
hier fraglichen Einreden auszuschließen⁵²⁾. Diese Regelung sei auch nicht
durch Einführung des BGB geändert worden, da dieses die Grenzen der Aus-
schlußwirkung des § 767 II ZPO nicht habe verschieben wollen⁵³⁾.

b) Auseinandersetzung mit dieser Auffassung

Der Gesetzgeber sah bei der Schaffung des § 767 II die Aufrechnungseinrede
schon dann als ausgeschlossen an, wenn die Aufrechnungslage vor dem maß-
geblichen Zeitpunkt bestanden hatte. Aus den Motiven ergibt sich kein Anlaß
zu Zweifeln daran, daß diese Regelung bei der Schaffung der ZPO beibehalten
werden sollte. Im Bereich des gemeinen Rechts, soweit man der überwiegen-
den Lehre folgte, konnte sowieso nur diese Möglichkeit gewählt werden, weil
der Aufrechnungsvollzug immer nach dem maßgeblichen Zeitpunkt liegen mußte.
Auch konnte die Ausschlußwirkung nicht an ein Ereignis anknüpfen, das dem
Zugriff der Partei nicht unterlag. Insoweit ist Henckel und dem RG zuzustim-
men.

43) Oben Fußnote 26.

44) RG JW 1902, 532; RGZ 62, 230f.

45) So auch Blomeyer S. 173.

46) Henckel ZZP 74, zu Fußnote 10 (Code Civil art. 1290, 1291).

47) Vgl. oben § 1 II.

48) Henckel aaO zu Fußnote 13.

49) Henckel aaO zu Fußnote 14.

50) Henckel aaO zu Fußnote 16.

51) Henckel aaO zu Fußnote 17, 18.

52) Der gleichen Auffassung, aber ohne Begründung und nur vermutungsweise
Eccius S. 256.

53) Henckel aaO zu Fußnote 20 (mit Verweisung auf das RG aaO).

Nicht zwingend dagegen ist deren Annahme, daß durch die Einführung des BGB keine Änderung dieser Regelung eingetreten sein könne. Wie Henckel selbst zugibt ⁵⁴⁾, gibt es keine prozeßrechtliche Regelung eines Einrede-Ausschlusses, der allen denkbaren Arten des Aufrechnungsvollzugs gleichermaßen gerecht werden kann. Vor dieser Aufgabe aber stand der Gesetzgeber. Er mußte für § 767 II eine Lösung finden, die in den Geltungsbereichen aller materiellen Rechtsordnungen anwendbar war. Mit Rücksicht auf das gemeine Recht kam als einzige Möglichkeit die schließlich gewählte in Frage.

Als das BGB für den gesamten Geltungsbereich der ZPO bei der Aufrechnung die Erklärungstheorie einheitlich einführte ⁵⁵⁾, entfiel diese Notwendigkeit. Die Aufrechnungseinrede wurde nun nirgends mehr als Geltendmachung der Gegenforderung im Prozeß behandelt, sondern des Erlöschenseins der eingeklagten Forderung ⁵⁶⁾. Man kann sich nun zwar mit Henckel und dem RG auf den Standpunkt stellen, daß der Gesetzgeber von vornherein auf die Aufrechnungslage abgestellt und damit durch die Einführung des BGB daran nichts geändert habe.

Man kann aber ebenso gut der Auffassung sein, daß bei der Schaffung des § 767 II im Jahre 1877 ganz allgemein die Einreden nur soweit ausgeschlossen sein sollten, wie die Einwirkungsmöglichkeiten der Parteien reichte. Der Ausschluß sollte dann nur die Einreden erfassen, auf deren Entstehung die betreffende Partei alle ihr zur Verfügung stehenden Mittel angewendet hat. Dies wäre zunächst, während des Bestands des gemeinen Rechts, die Herbeiführung der Gestaltungslage und die Stellung des entsprechenden Aufrechnungsantrags an das Gericht gewesen. Nach Einführung des BGB wäre die Abgabe der Vollzugserklärung hinzugekommen. Nunmehr konnte ein Ausschluß auch an die tatsächliche Vollziehung durch die Partei anknüpfen. In diesem Falle wäre nur eine vollzogene Gestaltung ausgeschlossen. Durch das BGB hätte sich der Ausschlußumfang bei § 767 II ZPO sehr wohl verändert, obwohl der Wortlaut dieser Vorschrift der gleiche geblieben ist.

Auch die Berufung des RG auf die Protokolle der 1. Lesung des BGB ⁵⁷⁾ vermögen nicht zu überzeugen. Das wurde schon dargelegt ⁵⁸⁾.

⁵⁴⁾ Henckel aaO S. 171.

⁵⁵⁾ Als Kompromiß zwischen der ipso-iure-Wirkung einerseits und der Erklärungstheorie ohne Rückwirkung andererseits, vgl. Henckel ZJP 74, 172; Oertmann Aufrechnung S. 2ff; vgl. oben § 7 Fußnote 27.

⁵⁶⁾ Motive zum EGBGB (1888) S. 73; Henckel aaO S. 172.

⁵⁷⁾ Oben Fußnote 44.

⁵⁸⁾ Oben I.

Da sich auch ansonsten aus den Materialien zur ZPO nichts ersehen läßt ⁵⁹⁾, muß es offen bleiben, ob durch die Einführung des BGB die zunächst bestehende Regelung sich geändert hat.

Zudem gelten alle diese Überlegungen nur für die Aufrechnung. Die Argumente Henckels und des RG passen für die übrigen Gestaltungen nicht. Selbst wenn man sich für die Aufrechnung dem RG anschließen würde, wäre damit für diese Rechte nichts ausgesagt.

3) Die Subsidiarität des subjektiven Willens des Gesetzgebers gegenüber dem objektiven Gesetzeszweck

Im übrigen ist man sich heute weitgehend darüber einig, daß bei der Auslegung einer Norm der subjektive Wille des Gesetzgebers nur von zweitrangiger Bedeutung ist ⁶⁰⁾. Maßgeblich sein darf in der Hauptsache nur der objektive Zweck des Gesetzes ⁶¹⁾. Es können sich Wertungen und Tatsachen wandeln und Lücken zur Entstehung bringen, die früher unbemerkt blieben und als solche des geltenden Rechts und nicht nur als "rechtspolitische" angesehen werden dürfen ⁶²⁾. Jede Auslegung muß eine Nachbesserung der historischen Regelung vom objektiven, gegenwärtigen Ordnungssinne her sein ⁶³⁾. Die Vorstellungen des Gesetzgebers sind für die Auslegung nicht verbindlich und treten hinter objektiv-teleologischen Kriterien zurück ⁶⁴⁾.

Selbst wenn man sich bei der Erforschung des Willens des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 767 II ZPO Henckel und dem RG anschliesse, könnte allein damit ein Ausschluß der Gestaltungseinreden nicht begründet werden, wie Henkel es versucht.

III) Ergebnis

Eine Auslegung des § 767 II ZPO nach den Kriterien von Wortlaut und Entstehungsgeschichte führt bei der vorliegenden Untersuchung also nicht weiter.

C) Zweck und systematische Stellung des § 767 II ZPO im Gesetz

Nummehr ist § 767 II nach seinem Zweck und seiner systematischen Stellung im Ausschlußsystem der ZPO auszulegen ⁶⁵⁾.

59) Oben I.

60) Habscheid Streitgegenstand S. 286f; Lehmann-Hübner § 8.

61) Das sagt ausdrücklich § 7 AGBGB.

62) Engisch S. 141.

63) Esser Einführung S. 184.

64) Larenz Methodenlehre S. 258.

65) Oben vor A.

I) Verhältnis der Ausschlußgrenzen von § 767 II zum Umfang der Rechtskraft

Die in der Entscheidung des vorausgegangenen Erkenntnisverfahrens festgestellte Rechtsfolge ist für die Vollstreckungsgegenklage stets von präjudiziel-
ler Bedeutung. Das wurde oben ausgeführt ⁶⁶⁾. Ist der mit der Klage nach
§ 767 angegriffene Vollstreckungstitel rechtskräftig, so können bei der Voll-
streckungsgegenklage nicht Einreden zulässig sein, die durch die Rechtskraft
ausgeschlossen sind ⁶⁷⁾. Insoweit grenzt schon die Rechtskraft unabhängig von
§ 767 II den Ausschlußumfang auch bei der Vollstreckungsgegenklage ab.

Ist die angegriffene Entscheidung noch nicht rechtskräftig, so entfällt die Aus-
schlußwirkung der Rechtskraft. Der Ausschluß wird dann allein durch § 767 II
geregelt. Es wäre indes unzweckmäßig, in diesem Falle den Kreis der zulässigen
Einreden weiter zu ziehen als die Rechtskraft zulassen würde. Man käme
auf diese Weise zu einer unterschiedlichen Regelung, je nachdem, ob die vor-
ausgegangene Entscheidung rechtskräftig ist oder nicht. Eine solche Differen-
zierung wäre nicht sinnvoll und ließe sich auch nicht mit den Grundsätzen des
Vollstreckungsverfahrens vereinbaren, für das gerade die Rechtskraft des
Vollstreckungstitels unerheblich ist ⁶⁸⁾.

Nach § 767 II können daher nicht mehr Einreden zugelassen sein als durch die
Rechtskraft.

II) Der Zweck des § 767 II ZPO

Der Ausschluß von Gestaltungseinreden durch § 767 II ist damit aber nur nach
oben hin abgegrenzt. Es kann nicht daraus gefolgert werden, daß der Umfang
der Rechtskraft und die Ausschlußgrenzen des § 767 II identisch sind. Es ist
noch offen, ob bei der Vollstreckungsgegenklage nicht mehr Einreden ausge-
schlossen sind als aus der Rechtskraftwirkung folgt ⁶⁹⁾.

§ 767 II regelt den Ausschluß von Einreden im Verhältnis des Erkenntnis- und
des Vollstreckungsverfahrens. Diese beiden Verfahren sind zwei selbständige,
voneinander unabhängige Prozesse ⁷⁰⁾. Das Verfahren über die Vollstreckungs-

66) Oben § 3 I 2.

67) Oben § 3 zu Fußnote 28.

68) § 704 I ZPO.

Vgl. auch Rosenberg SJZ 1950, 313f., Lent DR 1942, 868.

69) Daß sich die Ausschlußgrenzen bei der Rechtskraft und bei § 767 II nicht
decken brauchen, erwähnt auch Zeuner (Rechtskraft S. 103).

70) Rosenberg-Schwab § 1 IV 2.

gegenklage ist dem Vollstreckungsprozeß zuzurechnen⁷¹⁾. Das Erkenntnisverfahren und der Prozeß über die Vollstreckungsgegenklage verhalten sich zueinander insofern ähnlich wie zwei Erkenntnisverfahren, von denen das nachfolgende den Streitgegenstand des vorausgehenden zumindest mittelbar berührt⁷²⁾.

Im Verhältnis von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit von Einreden in gleicher Weise wie bei zwei Erkenntnisprozessen⁷³⁾. In beiden Fällen gilt es, die Maßgeblichkeit der richterlichen Feststellung zu sichern. Immer geht es um die Vermeidung einer erneuten Verhandlung, in der die bereits festgestellte Rechtsfolge wieder in Frage gestellt wird⁷⁴⁾.

Im Verhältnis zweier Erkenntnisprozesse wird dies durch die Rechtskraft gewährleistet⁷⁵⁾. Im Verhältnis des Erkenntnisverfahrens zum Prozeß über die Vollstreckungsgegenklage muß hingegen seine besondere Norm diese Funktion übernehmen, da die vorausgehende Entscheidung nicht in jedem Falle rechtskräftig ist⁷⁶⁾. Diese Norm ist § 767 II ZPO.

§ 767 II hat also insofern die gleiche Aufgabe wie die Rechtskraft. Bei der Auslegung dieser Vorschrift ist daher nach den gleichen Kriterien zu entscheiden wie bei der Bestimmung des Umfangs der Rechtskraft, allerdings unter Berücksichtigung etwaiger Besonderheiten des Vollstreckungsverfahrens.

Auch hier muß im Widerstreit der Tendenz des formellen Rechts zum Ausschluß⁷⁷⁾ und des entgegengesetzten Bedürfnisses des materiellen Rechts⁷⁸⁾ die Schutzwürdigkeit der Parteien maßgeblich sein⁷⁹⁾.

1) Die Entscheidung zwischen subjektiver und objektiver Theorie

Oben im Zusammenhang mit der Rechtskraft wurde dargelegt, daß sich ein Ausschluß nach der subjektiven Theorie am besten in das Ausschlußsystem der ZPO einfügen würde⁸⁰⁾. Für § 767 II kann nichts anderes gelten. Zwar enthält diese Vorschrift kein subjektives Element. Wie wenig indes ihr Wortlaut

71) Rosenberg Lehrbuch § 183 I.

72) Vgl. auch Martin S. 7, Wieczorek Kommentar § 767 Anm. B, B II, Rosenberg Lehrbuch § 183 III 7.

73) Darauf weisen hin: RGZ 96, 21, 144, 220, Rosenberg SJZ 1950, 313f, Hellwig Rechtskraft S. 12 Fußnote 29. Vgl. auch Habscheid Streitgegenstand S. 291, Schwab Streitgegenstand S. 159, RGZ 64, 228, BGHZ 24, 98, 34, 279, BGH NJW 1964, 1797.

74) Vgl. Rosenberg-Schwab § 152 IV, Kohler Rechtsverhältnis S. 113, Schwab Streitgegenstand S. 159.

75) Daß sich die Rechtskraft auch auf die Vollstreckungsgegenklage auswirken kann (vgl. oben I), spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Vgl. Böttcher Rechtskraft S. 139, RG JW 1913, 103.

76) § 704 I ZPO, vgl. oben zu Fußnote 68.

77) Oben § 8.

78) Oben § 10.

maßgeblich sein kann, wurde schon ausgeführt⁸¹⁾. Richtig muß diejenige Auslegungsmöglichkeit sein, welche die von § 767 II behandelte Frage am zweckmäßigsten löst, also seiner Zielrichtung am meisten entspricht und mit dem üb-
rigen Ausschlußsystem der ZPO am besten übereinstimmt⁸²⁾.

Auch bei der Vollstreckungsgegenklage könnte ein Ausschluß der Gestaltungseinreden nur dann eintreten, wenn der Berechtigte positive Kenntnis von seinem Gestaltungsrecht hatte oder aber aus grober Fahrlässigkeit von seinem Recht nichts wußte⁸³⁾.

2) Der Ausschluß der Gestaltungseinreden im einzelnen

Maßgeblich für die Schutzwürdigkeit der Parteien ist zunächst deren typisches Verhalten bei den einzelnen Gestaltungsverhältnissen⁸⁴⁾. Dies wurde oben im Zusammenhang mit der Rechtskraft bereits untersucht⁸⁵⁾. Grundlage dieser Untersuchung waren allein die jeweiligen materiellen Rechtsverhältnisse⁸⁶⁾. Für das typische Verhalten der an den verschiedenen Gestaltungsverhältnissen Beteiligten kann daher hier nichts anderes gelten. Auf das oben §§ 12-14 Gesagte kann verwiesen werden.

Das zweite Kriterium für die Schutzwürdigkeit ist die Zumutbarkeit eines Ausschlusses bzw. Nichtausschlusses⁸⁷⁾.

Der erstere trifft hier nur den Schuldner, nicht aber den Gläubiger. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Vollstreckungsgegenklage als einseitigem Verteidigungsmittel des Vollstreckungsgegners⁸⁸⁾. Es verstößt daher nicht gegen das Erfordernis der grundsätzlichen Gleichbehandlung der Parteien im Prozeß⁸⁹⁾.

Hinsichtlich der Zumutbarkeit des Nichtausschlusses weist das RG auf die Gefahr eines Mißbrauchs der Vollstreckungsgegenklage zur schikanösen Verzögerung der Vollstreckung hin⁹⁰⁾. Diese Vollstreckung wird nun aber nicht durch Erhebung der Klage aus § 767 von selbst unzulässig, sondern erst auf

Fortsetzung von S. -

79) Oben § 11.

80) Oben § 9.

81) Oben A.

82) Oben vor A.

83) Im Ergebnis ebenso: OLG Stuttgart NJW 1955, 1562 (für die Anfechtung aus § 123 BGB), OLG Hamburg MDR 1953, 558, Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 767 Anm. II 2c, Schuler NJW 1956, 1497ff (für die Anfechtung), Mohrbuter A II 3 Ziff. 7.

84) Hubmann AcP 155, B III, IV, Kraft S. 83, 84.

85) Oben §§ 12-14.

86) Vgl. Hubmann aaO.

87) Hubmann AcP 155, 114. Vgl. oben § 11 B II 3b.

88) Vgl. oben § 1 I.

89) Vgl. Zeuner Rechtskraft S. 94 zu Fußnote 4, Rosenberg-Schwab § 2 III 1.

90) Vor allem RGZ 64, 228.

Anordnung des Gerichts hin (§§ 769, 770 ZPO). Hierzu hat der Schuldner immerhin glaubhaft zu machen, daß er zulässige Einreden gegen den zu vollstreckenden Anspruch hat⁹¹⁾. Bei den hier zu untersuchenden Gestaltungseinreden muß er beispielsweise dartun, daß ihm eine rechtzeitige Ausübung und prozessuale Geltendmachung seines Gestaltungsrechts subjektiv nicht möglich war⁹²⁾.

Auch kann das Gericht die Einstellung der Vollstreckung nach §§ 769, 770 ZPO von einer ausreichend hohen Sicherheitsleistung abhängig machen, so daß der Gläubiger keinesfalls wirtschaftliche Verluste erleidet⁹³⁾. Außerdem steht dem Gericht die Möglichkeit einer Zurückweisung nach § 279 ZPO zur Verfügung⁹⁴⁾.

Die Gefahr einer Prozeßverschleppung durch nachträgliche Gestaltungseinreden mit für den Gläubiger nachteiligen Folgen wird dadurch sehr verringert⁹⁵⁾. Im Ganzen findet sich daher für die Zumutbarkeit eines Ausschlusses bzw. Nichtausschlusses nichts von dem bei der Rechtskraft Abweichendes. Die Schutzwürdigkeit der Beteiligten ist ebenso zu werten wie im Zusammenhang mit der Rechtskraft ausgeführt⁹⁶⁾.

Aus dieser Übereinstimmung folgt, daß man bei der Bestimmung der Ausschlußgrenzen in § 767 II ZPO zu den gleichen Ergebnissen kommen muß wie für den Ausschluß des Gestaltungsvorbringens durch die Rechtskraft.

Auf die dort gefundene Regelung des Ausschlusses bei den einzelnen Gestaltungsrechten kann verwiesen werden.

91) Mohrbutter A II 3 Ziff. 9a.

92) Vgl. oben I.

93) Darauf weist auch Schuler NJW 1956, 1500 hin.

94) Das betont Schwab ZZP 79, 463.

95) Ebenso Lent DR 1942, 873, Wieczorek AP zu § 767 ZPO Nr. 1, Schuler aaO.

96) Oben §§ 12-14.

5. Abschnitt

§ 17 Zusammenfassung, Ergebnis der Untersuchung

Abschließend sind die wichtigsten Ergebnisse der Untersuchung zusammenzufassen.

Zu untersuchen war die Frage nach dem Ausschluß von Gestaltungseinreden bei der Vollstreckungsgegenklage. Dabei war allein der Fall problematisch, in dem die zugrundeliegende rechtsändernde Gestaltung vom Berechtigten schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt des ersten Prozesses hätte herbeigeführt werden können, aber erst nachfolgend bewirkt worden ist. § 767 II ZPO, der die Grenzen dieses Ausschlusses regelt, ist insofern unklar. Eine Antwort ließ sich daher nicht unmittelbar aus dieser Vorschrift ablesen.

Es hat sich auch in Lehre und Praxis keine einheitliche Meinung zu dieser Frage herausgebildet.

Die im Vollstreckungstitel festgestellte Rechtsfolge ist stets präjudiziell für die mit der Klage nach § 767 begehrte Entscheidung. Der Umfang der Ausschlußgrenzen bei der Vollstreckungsgegenklage nach oben hin ergibt sich daher immer schon dann aus den allgemeinen Wirkungen der Erstentscheidung, wenn diese bis zur letzten mündlichen Verhandlung des Verfahrens über die Vollstreckungsgegenklage rechtskräftig geworden ist. Ist eine Gestaltungseinrede durch die Rechtskraft ausgeschlossen, so kann sie auch zur Begründung einer Vollstreckungsgegenklage nicht mehr verwendet werden.

Die Fälle einer Vollstreckungsgegenklage gegen ein nicht rechtskräftiges Urteil sind praktisch unbedeutend.

Für die Bestimmung der Ausschlußgrenzen bei der Vollstreckungsgegenklage mußte daher zunächst der Umfang des rechtskraftbedingten Ausschlusses festgestellt werden. Erst danach konnte die Untersuchung zur Ausgangsfrage zurückkehren.

Die Fragestellung erweiterte sich hier. Insbesondere kann die allgemeine Rechtskraftwirkung sich nicht nur auf Einreden des Schuldners, sondern auch auf ein klagebegründendes Vorbringen des Gläubigers erstrecken.

Die Frage eines Ausschlusses des Gestaltungsvorbringens ist hier in ähnlicher Weise umstritten wie bei der Vollstreckungsgegenklage.

Durch die Rechtskraft wird die Behauptung alter, also zum für die Erstentscheidung maßgeblichen Zeitpunkt schon entstandener Tatsachen ausgeschlossen, wenn sie mit dem Prozeßstoff des vorausgehenden Verfahrens im Zusammenhang stehen. Das Vorbringen erst nachträglich zur Entstehung gelangender, also neuer Tatsachen ist dagegen unbeschränkt zulässig. Eine Gestaltung steht mit dem Prozeßstoff im Zusammenhang. Ihr Ausschluß wäre daher eine Folge

der Rechtskraft und nicht einer rechtskraftfremden Präklusion. Hat die Gestaltungslage schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt bestanden, wurde die Gestaltung aber erst nachfolgend vollzogen, so kann diese weder den alten noch den neuen Tatsachen zugeordnet werden. Sie nimmt eine Sonderstellung ein. Dem genannten Schema des Ausschlusses alter und des Nichtausschlusses neuer Tatsachen läßt sich für diese Gestaltung daher nichts entnehmen. Ein möglicher Ausschluß muß daher besonders untersucht werden.

Der Rechtsgedanke einer Verwirkung der prozessualen Befugnis zum Gestaltungsvorbringen würde die Problematik nicht befriedigend lösen, weil er nur einen sehr geringen Teil dieses Vorbringens ergriffe. Er würde dem Bedürfnis, die Maßgeblichkeit der Erstentscheidung zu wahren, nicht gerecht. Auch das materielle Recht als Anknüpfungspunkt allein konnte nicht helfen. Es waren andere Kriterien zu finden.

Das Verfahrensrecht tendiert zum Ausschluß des Gestaltungsvorbringens, das schon im jeweils vorausgehenden Prozeß subjektiv möglich gewesen wäre. Infolge der Auswirkung eines solchen prozessualen Ausschlusses auf das materielle Recht mußte auch dieses berücksichtigt werden. Es tendiert zu einem möglichst engen Ausschluß.

Die Entscheidung konnte nicht aufgrund einer allgemeinen Priorität eines der beiden Rechtsbereiche getroffen werden. Maßgeblich war vielmehr die Schutzwürdigkeit der beteiligten Interessen, nämlich auf der einen Seite das öffentliche Interesse und das des Gestaltungsgegners, auf der anderen Seite das Interesse des Gestaltungsberechtigten. Diese Schutzwürdigkeit ergab sich aus dem Verhalten der am Gestaltungsverhältnis Beteiligten, der Zumutbarkeit jeweils eines Ausschlusses bzw. Nichtausschlusses sowie in manchen Fällen aus der materiellen Rechtsstellung der Parteien als einem Indiz für die vom sachlichen Recht vorgenommene Interessenabwägung.

Diese Frage nach den Ausschlußgrenzen kann weder vom Gericht jeweils im Einzelfall entschieden werden, noch war sie für alle Gestaltungsrechte einheitlich zu beantworten. Die Untersuchung mußte vielmehr für die einzelnen Rechte differenziert durchgeführt werden.

Für den Ausschluß der einzelnen Gestaltungsrechte kam man zu unterschiedlichen Ergebnissen. Wo sich ein grob schuldhaftes Verhalten des Gestaltungsgegners findet, wie bei der Anfechtung nach § 123 BGB, war das nachträgliche Gestaltungsvorbringen zuzulassen. Das gleiche galt da, wo dem Gestaltungsberechtigten aufgrund besonderer Umstände eine Abkürzung der ihm vom materiellen Recht eingeräumten Gestaltungsfrist unzumutbar ist, nämlich bei der ordentlichen Kündigung, beim Widerruf von Schenkung oder Darlehensvorvertrag und bei gewissen Fällen des vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechts.

Dagegen war ein nachträgliches Vorbringen auszuschließen, wo den Gestaltungsberechtigten das überwiegende Verschulden trifft oder zumindest der Gestaltungsgegner schuldlos und gutgläubig ist, wie bei der Anfechtung aus §§ 119, 120 BGB. Unter dem Einwirken des öffentlichen Interesses an einem Ausschluß war auch dort für diesen zu entscheiden, wo sich die Schutzwürdigkeit bei den Parteien die Waage hält, wie bei der Aufrechnung, oder gar für den Gestaltungsgegner spricht, wie bei den Einreden des BGB, dem gesetzlich begründeten Rücktrittsrecht, bestimmten Fällen des vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechts, dem Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach der Differenztheorie sowie der außerordentlichen Kündigung.

Ein Vorbringen, das sich auf eine vom Prozeßgegner oder einem Dritten vollzogene Gestaltung stützt, ist unbeschränkt zulässig.

Dies alles gilt nur für ein Vorbringen gegenüber einem vorausgegangenen Urteil im Sinne des § 300 ZPO oder einem Vollstreckungsbefehl.

Keinem Ausschluß unterworfen ist dagegen ein Gestaltungsvorbringen gegenüber Prozeßvergleich, Kostenfestsetzungsbeschluß und vollstreckbarer Urkunde.

Nunmehr erst konnte zur Ausgangsfrage zurückgekehrt werden, zum Problem des Umfangs eines Einrede-Ausschlusses bei der Vollstreckungsgegenklage. Da eine Auslegung des § 767 II ZPO nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte keinen zuverlässigen Aufschluß gab, mußte hier der Zweck dieser Vorschrift nach den gleichen Kriterien geprüft werden, wie sie bei der Frage der allgemeinen Rechtskraftgrenzen angewendet wurden. Für den Ausschluß der einzelnen Gestaltungsrechte ergab sich nichts Abweichendes. Hier gelten die gleichen Ausschlußgrenzen wie bei der Rechtskraft.

LEBENS LAUF

Am 24. Oktober 1940 wurde ich als Sohn des seit Juni 1944 im Raum Bobruisk-Mogilew vermißten und mit Wirkung vom 31. 12. 1945 für tot erklärten Amtsgerichtsrats Helmut Dreykluft und seiner Ehefrau El-mene, geb. Empter, in Landshut/Bayern geboren.

Von 1946 bis 1951 besuchte ich fünf Klassen der Volksschule in Landshut und Regensburg.

Von 1951 bis zur Reifeprüfung 1960 besuchte ich neun Klassen des Neuen Gymnasiums (Realgymnasium) in Regensburg.

1960/61 studierte ich zwei Semester Rechtswissenschaft an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen, 1961/62 zwei Semester an der Universität Hamburg. Nach weiteren vier Semestern von 1962 bis 1964 an der Universität Erlangen-Nürnberg schloß ich mein Studium der Rechtswissenschaften durch erfolgreiche Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung 1964/II ab.

Von Herbst 1965 bis Frühjahr 1969 wurde ich in Regensburg als bayerischer Rechtsreferendar ausgebildet.

Vom 1. 1. 1967 bis 28. 2. 1969 war ich 1. Vorsitzender des Bezirksverbands Regensburg der Rechtsreferendare Bayerns e. V.

Seit dem 1. 3. 1967 bin ich außerdem Vorsitzender des von mir gegründeten Ortsausschusses Regensburg des Deutsch-Französischen Komitees Junger Juristen.

Am 22. 9. 1969 schloß ich in München meine juristische Ausbildung durch Ablegung der zweiten juristischen Staatsprüfung ab.

